





THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

PAR

M. CHAUVEAU ADOLPHE

ET

M. FAUSTIN HÉLIE,

Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

QUATRIÈME ÉDITION

ENTIÈREMENT REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

PAR

M. FAUSTIN HÉLIE.

TOME PREMIER.

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.

COSSE ET MARCHAL, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION,

Place Dauphine, 27.

1863

THÉORIE

DU

PÉNAL

PAR

ÀUVEAU ADOLPHE

ET

M. FAUSTIN HÉLIE,

de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

ATRIÈME ÉDITION

REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

PAR

M. FAUSTIN HÉLIE

TOME PREMIER.

PARIS

ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.

ET MARCHAL, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION,

Place Dauphine, 27.

1861

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL.

I

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

PAR

M. CHAUVEAU ADOLPHE

ET

M. FAUSTIN HÉLIE,

Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

QUATRIÈME ÉDITION

ENTIÈREMENT REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

PAR

M. FAUSTIN HÉLIE.*

TOME PREMIER.



PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.

COSSE ET MARCHAL, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION,

Place Dauphine, 27.

1861

* Voyez l'*Avertissement* placé en tête de ce volume.

Paris.— Imprimerie de Cosse et J. Dumaine, rue Christine, 2.

AVERTISSEMENT

DE LA

QUATRIÈME ÉDITION.

La deuxième et la troisième édition de la *Théorie du Code pénal* n'ont été que la réimpression textuelle de la première. Nous avions seulement indiqué, dans des notes sommaires ajoutées à la troisième, les arrêts intervenus depuis la publication de notre livre. Il n'en pouvait plus être ainsi pour celle-ci : les lois qui sont venues s'incorporer dans notre Code, les questions nouvelles qui se sont élevées, les arrêts qui se sont multipliés sur chaque matière, exigeaient un travail étendu; il fallait combler toutes les lacunes que tant de documents nouveaux avaient ouvertes dans notre ouvrage; il fallait le mettre au courant de la législation et de la jurisprudence.

Nous aurions désiré, comme à l'époque de sa première publication, pouvoir réunir nos efforts et compléter notre œuvre dans un commun travail; mais notre éloignement aurait occasionné des lenteurs inséparables d'une collaboration par correspondance.

L'un de nous, auquel la nature de ses travaux et sa

position ont permis de se tenir plus spécialement au courant des mouvements de la jurisprudence en matière pénale, s'est chargé exclusivement d'une tâche aussi laborieuse que difficile (1).

CHAUVEAU ADOLPHE. FAUSTIN HÉLIE.

30 juin 1861.

Ayant accepté cette tâche de compléter l'œuvre commune, et devant assumer seul la responsabilité de cette édition, je dois expliquer en quelques mots ce que je me suis proposé de faire.

Il ne s'agissait ni de changer l'esprit général du livre, qui a été l'application des vrais principes du droit pénal, ni de modifier les doctrines qu'il a soutenues et qui ont été puisées dans l'examen des motifs et des textes du Code, dans l'étude de ses sources historiques, dans l'autorité de nos anciens légistes, enfin dans l'appréciation des faits punissables et l'expérience de la pratique. Il y avait là tout un ensemble d'idées et de solutions, appliquant une même théorie et des règles communes, et constituant son unité et, si l'on peut parler ainsi, sa vie et son individualité. Il était

(1) Toutes les additions et observations nouvelles faites à cette édition sont enfermées entre des crochets pour les séparer de l'ancien texte : ainsi l'auteur de ce nouveau travail ouvre un crochet tel que celui-ci, [[, toutes les fois qu'il ajoute quelque chose aux précédentes éditions et le referme après son addition, comme suit :]]

possible de noter ce que quelques-unes de ses règles pouvaient avoir de trop absolu dans leur formule ; on ne pouvait y toucher sans refaire l'œuvre entière.

Les doctrines juridiques qu'il renferme, d'ailleurs, par cela même qu'elles ont une base exclusivement scientifique, ne varient pas ; elles traversent les faits nouveaux qui se produisent sans en être effleurées. Si la pratique, dont les vues sont courtes et ne se portent guère au delà des espèces, s'est révoltée quelquefois contre leur application en invoquant la nécessité des faits, on peut en inférer qu'elles sont parfois impuissantes, mais non qu'elles soient erronées. Les criminalistes, s'ils ont souci de la science, c'est-à-dire des principes qui dominent toutes les espèces, doivent alors, au lieu de s'incliner, comme le font quelques-uns, devant toutes les décisions, ne pas se lasser de replacer la doctrine à côté de celles qui s'en écartent. Il faut répéter aussi ce qui a été dit tant de fois, que la loi pénale se fortifie, non par l'excès de son interprétation, mais par l'application juste et mesurée de toutes ses dispositions, et que ce n'est pas l'élévation des peines, mais la certitude qu'elles sont équitablement distribuées, qui fait la puissance de la répression.

Je n'ai donc entrepris que de compléter et, pour ainsi dire, de continuer le travail de ce livre. Les questions nouvelles, qui se sont accumulées, révèlent tant de lacunes, les espèces qui ont été jugées depuis vingt ans ont introduit tant de restrictions dans l'application des règles les mieux établies, tant de diffi-

cultés ont été soulevées, les faits punissables ont revêtu tant de nuances diverses, que ce nouveau travail, même renfermé dans les bornes qui viennent d'être indiquées, a été très-long et très-considérable.

J'ai fait tout ce qui dépendait de moi pour qu'il fût aussi complet que possible. Je n'ai épargné ni les soins ni les recherches pour réparer toutes les omissions et combler toutes les lacunes. J'ai examiné tous les points de droit qui se sont produits depuis la première publication de ce livre et j'ai recueilli tous les arrêts qui sont venus infirmer ou confirmer les doctrines qui y sont exposées, en appréciant leur influence et en indiquant leurs corollaires. J'ai ajouté et commenté les nombreuses modifications que nos lois pénales ont subies. Cette quatrième édition, tout en reproduisant la première, aura donc l'intérêt et l'utilité d'une œuvre toute nouvelle.

J'indiquerai, en terminant, une amélioration matérielle importante : pour faciliter les recherches, j'ai cru devoir, outre la division de l'ouvrage en chapitres, numéroter chacun de ses alinéas, ou du moins chacune des observations ou questions qui se succèdent et forment des propositions distinctes. Un sommaire de ces numéros, placé en tête de chaque chapitre, fait connaître le contenu de chacun d'eux.

FAUSTIN HÉLIE.

30 juin 1861.

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION.

Les auteurs qui ont écrit sur les matières criminelles peuvent se diviser en deux classes : les uns qui, foulant aux pieds les lois existantes et les regardant comme menacées d'une ruine plus ou moins prochaine, ont édifié sur leurs débris futurs des systèmes nouveaux, de nouvelles théories ; les autres qui se sont enfermés dans les travaux moins brillants, mais non moins utiles peut-être, de l'interprétation et du commentaire.

Les premiers s'adressent à un petit nombre d'esprits élevés, aux législateurs, à l'avenir qui mûrit leurs idées et les sanctionne quelquefois. Tels ont été Beccaria, Filangieri, Bentham, Scipion Bexon. Tels sont encore MM. Guizot, de Broglie, Pastoret, Bérenger, Comte, Charles Lucas et Rossi. Les autres ont écrit pour les magistrats, pour les praticiens. Ils suivent la loi dans ses applications, posent les limites de sa puissance et essayent de l'y contenir. Mais, embarrassés dans les détails de l'explication, rarement ils s'élèvent jusqu'à la théorie qui rend raison de la loi ; leur mission est plutôt de concilier des textes qui se contredisent, ou de les mettre en harmonie avec la jurisprudence des arrêts. Nous citerons les hono-

rables et fructueux travaux de Jousse, Lacombe, Muyart de Vouglans, Bourguignon, Mars, Carnot et Legraverend.

Entre ces deux routes suivies avec gloire par ces savants écrivains, une voie reste ouverte : c'est de réunir les études de la théorie aux explications du commentaire, d'embrasser à la fois la philosophie de la loi et son application, la doctrine et la pratique. Cette voie nouvelle a déjà été parcourue en matière civile par un jurisconsulte célèbre, M. Boncenne, dont l'un de nous s'enorgueillit d'avoir été le disciple. Pourquoi hésiterions-nous à le dire? notre ambition a été de suivre, quoique de loin, cet illustre devancier dans la carrière qu'il a tracée avec tant d'éclat.

Eclairer l'application de la loi pénale par sa théorie, telle est donc l'idée principale qui a présidé à la composition de cet ouvrage; mais, tout en le puisant à cette source nouvelle et féconde, notre but a été de faire un ouvrage de pratique.

Après la promulgation d'un code, la première pensée, comme le premier besoin, est d'en examiner les textes : c'est le règne du commentaire. Mais après l'étude des textes vient celle de la théorie de la loi, source d'interprétation aussi abondante, quelquefois plus fidèle. Cette étude ne se traîne pas après la loi; elle plane sur les textes, elle remonte aux règles élémentaires, elle les prend à leur berceau, dans les temps éloignés, elle les suit dans leur développement, dans leurs déviations, elle leur restitue leur sens propre et leur énergie. Elle fait alliance avec les sciences morales : elle s'appuie de l'histoire, de la philosophie, de la morale, des législations comparées. Ainsi ses travaux s'empreignent d'un intérêt plus vrai;

les limites du Droit s'agrandissent, et les mesquines proportions dans lesquelles on l'a trop étouffé disparaissent.

Placée à ce point de vue, la science des lois embrasse toutes les études qui s'y rattachent ; elle examine tous les systèmes qu'elle recèle dans son sein ; elle rapproche les législations et les principes, elle compare, elle juge.

Après avoir posé les règles, elle s'occupe à les appliquer, elle descend dans l'arène de l'interprétation. Elle examine avec leur appui les arrêts de la jurisprudence, elle les place en face des textes, elle en fait rayonner la lumière. C'est le commentaire tel que l'état actuel des esprits et des connaissances semble l'exiger, le commentaire qui domine la loi et la soumet à sa critique avant de l'expliquer.

Ce peu de lignes résume le plan, plan vaste et difficile, que nous nous sommes proposé en commençant ce travail. Il a suffi de l'énoncer pour motiver notre collaboration : cette tâche n'excédait-elle pas les forces d'un seul homme? Nous avons réuni en commun, pendant plusieurs années, de laborieux efforts, de consciencieuses études, en nourrissant l'espoir que le public donnerait sa sanction à cette association toute scientifique.

Un mot sur l'application de ce plan.

Le mode le plus simple de le réaliser nous a paru être de traiter les matières du Code pénal dans une suite de chapitres qui puisent dans la diversité même de ces matières une division toute naturelle. Nous avons préféré cette méthode claire et commode à la forme du commentaire par articles, qui conduit à des répétitions inévitables et s'oppose au développement des théories, et à la forme

du traité dogmatique, qui crée des divisions et des classifications plus propres à fatiguer le lecteur qu'à l'éclairer.

C'est ainsi que le premier chapitre traite de la division des faits punissables; le deuxième, de la rétroactivité des lois pénales; le troisième, de l'application du Code aux délits militaires; le quatrième, des peines afflictives et infamantes, etc.

Cependant, si nous avons toujours suivi, autant que possible, l'ordre du Code même, auquel des esprits sont dès longtemps habitués, nous avons dû, dans quelques cas rares, déroger à cette règle. Nous citerons pour exemple la *tentative*. Evidemment sa place n'était pas à l'article 2 du Code. La tentative, de même que la récidive, la complicité, l'âge, l'ivresse, la démence, est une circonstance modificative de la criminalité; nous devions donc, pour rétablir un ordre plus rationnel, la remettre à sa véritable place.

Ainsi, chaque chapitre renferme un traité complet, non pas seulement de la théorie de la matière qui en fait l'objet, mais de toutes les questions pratiques qu'elle a fait naître, l'interprétation des textes, et l'examen critique soit des arrêts par lesquels la jurisprudence les a expliqués, soit des opinions des auteurs.

Il reste à faire une observation qui a pour objet de faciliter les recherches. Lorsque le lecteur voudra retrouver une question controversée, un principe établi, il lui suffira de se reporter au chapitre qui traite de la matière à laquelle se rattache ce principe ou cette question. Ainsi, cette recherche a-t-elle pour objet une question de complicité, de faux en écriture privée, de vagabondage; chacune de ces matières étant groupée dans un chapitre distinct, il

sera facile de trouver immédiatement le point qui fait l'objet de la recherche, en se reportant à ce chapitre. C'est là l'un des principaux avantages du plan que nous avons adopté. Des tables préparées avec le plus grand soin faciliteront d'ailleurs toutes les investigations.

1er décembre 1834.

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL.

CHAPITRE PREMIER.

PRINCIPE DU DROIT PÉNAL.

1. Il est nécessaire de rechercher le principe qui a dirigé la rédaction de la loi pénale.
2. Exposé des théories qui régnaient au XVIIIe siècle.
3. Doctrine de l'école utilitaire.
4. Doctrine de l'école de la justice morale.
5. Appréciation générale de ces divers systèmes.
6. Nécessité de remonter plus haut dans cet examen et de rechercher la base de toute loi pénale.
7. Quel était le fondement des diverses législations qui se sont succédé dans les temps anciens et chez les nations modernes.
8. Comment le principe de la loi morale, préconisé par la philosophie, a tenté de se substituer au principe de l'utilité commune.
9. Examen critique du premier de ces principes considéré comme base première de la législation pénale.
10. La seule base de cette législation est le droit social limité par les préceptes de la loi morale.

---

1. Si le droit que le pouvoir social exerce dans la distribution des peines n'est point en lui-même contesté, il n'en est pas de même des limites dans lesquelles ce droit peut s'exercer, et des règles qui doivent diriger son application. Les systèmes ont succédé aux systèmes. Chaque publiciste est venu, une théorie à la main, tracer un nouveau cercle autour du législateur, ou offrir à son pouvoir une base

nouvelle. Les limites laissées à son action répressive, tantôt presque indéfiniment étendues, tantôt resserrées et plus étroites, toujours indécises et vagues, sont aujourd'hui encore l'objet des disputes de la science.

La première étude du jurisconsulte doit être de rechercher et de fixer le principe qui a présidé à la rédaction de la loi pénale, le système dans lequel elle a été conçue. Ce n'est, en effet, qu'en remontant à ce système qu'il peut connaître quel esprit respire sous tant de dispositions diverses, quelle pensée a mesuré les délits, a gradué les peines, quel a été le point de départ du législateur, le fondement de son édifice. Ce n'est qu'en dévoilant cette idée générale qu'il pourra en refléter la lumière jusqu'aux extrémités du code, en éclairer toutes les parties. C'est le premier principe d'interprétation.

Une telle étude présente des difficultés particulières dans notre code pénal. Presque entièrement rénové par le système des circonstances atténuantes, ce code n'a plus, pour ainsi dire, que la forme de celui de 1810. Il a secoué l'empreinte du doigt impérial; il a suivi, quoique avec lenteur, les progrès de la civilisation et des mœurs; la liberté politique lui a jeté quelques fécondes semences; ses vieilles dispositions se sont animées d'un esprit nouveau; ses textes ont répudié d'inutiles rigueurs. C'est aujourd'hui un œuvre complexe, où se combine une double action législative, où se révèle un double principe; monument à demi détruit que l'architecte a relevé sur un autre plan. Comment suivre et retrouver les traces des deux ordres d'architecture? comment constater à quel système appartiennent ces dispositions amalgamées de deux législations intervenues à 22 ans de distance? Tel est cependant le but que nous nous proposons d'atteindre.

2. Jetons d'abord un rapide coup d'œil sur les diverses théories qui ont divisé la science. On ne prétend point entraîner les lecteurs dans une discussion approfondie de ces théories. Nous laissons cette tâche, non sans l'envier, aux publicistes qui s'occupent de rectifier et d'établir les principes des lois. Mais ce serait réduire la science du droit aux bornes d'une pratique stérile, que d'accepter le principe

sans en rechercher la source, et de supposer la légitimité du droit de punir, parce que ce droit existe.

Jusqu'au dix-huitième siècle, ce droit avait été mal étudié et mal compris. Les anciens législateurs ne voyaient guère dans la distribution de la justice qu'une arme puissante qu'ils opposaient avec succès aux audacieuses entreprises de ces temps d'anarchie. De là tant de lois barbares, tant de peines atroces. « La société ne se défendait, a dit M. Guizot, qu'en opposant la force physique à la force physique; et bien souvent la dureté des lois, le nombre des supplices ne prouvaient, de sa part, que de la sagesse et le désir de protéger le public. Aussi les chroniques de ces temps louent-elles surtout, comme justes et populaires, les princes qui ont beaucoup et rudement puni. Ils étaient, comme les premiers héros de la Grèce, occupés à purger la société de brigands et de monstres[1]. »

Mais longtemps après que ces temps de troubles furent passés, lorsque la société reposait sur des bases solides, le système pénal restait empreint de toute la barbarie du moyen âge. Les tortures de l'instruction, le luxe des supplices, devenus plus atroces encore parce qu'ils étaient plus inutiles, restaient debout comme des nécessités sociales, et déployaient leurs sanglantes fureurs sans diminuer le nombre de leurs victimes. La voix de Beccaria qui proclamait, vers le milieu du dix-huitième siècle, que tout châtiment est inique quand il n'est pas nécessaire à la conservation de la liberté publique, cette voix puissante eut un immense retentissement : la philosophie s'empara de cette idée nouvelle et la rendit féconde; l'humanité descendit dans les lois criminelles; les cachots furent ébranlés, les tortures détruites, et bientôt fut proclamé ce principe, alors nouveau, que la peine de mort n'est que la simple privation de la vie[2].

Beccaria donne pour base au droit de punir le droit de légitime défense qu'exerce le corps social. Il suppose une convention primi-

[1] De la peine de mort en matière politique, p. 118.

[2] Assemblée constituante, séance du 1er juin 1791; et C. pén. du 25 sept.-6 oct. 1791, part. 1re, tit. 1, art. 2.

tive par laquelle les hommes, auparavant indépendants et isolés, se seraient réunis en société, et auraient sacrifié une portion de leur liberté pour jouir du reste avec plus de sûreté. La somme de toutes ces portions de liberté forme le pouvoir de la nation, qui fut mis en dépôt entre les mains du souverain. De là cette conséquence tutélaire, que tout exercice du droit de punir qui n'est pas absolument nécessaire à la défense du corps social, est un abus et non plus un droit[1].

Ce système de la défense directe a été suivi par tous les écrivains qui sont venus après Beccaria; Mably[2] et tous les philosophes du XVIIIe siècle le partagèrent[3] : du même principe Rousseau avait déduit les lois de son Contrat social[4]. Ce système régna près d'un demi-siècle sans contrôle, soit en France, soit en Angleterre : Blakstone[5] et Richard Philipps[6] l'ont adopté dans leurs traités du droit criminel et des jurys. Mais les progrès de la philosophie démontrèrent qu'il n'était pas complétement satisfaisant; ce consentement antérieur des individus relativement à l'application des peines n'était qu'une fiction. Et en effet l'état de société est une nécessité morale de la nature humaine; la philosophie a répudié comme une chimère cette doctrine de l'état naturel, que le XVIIIe siècle n'avait préconisée que pour retrouver les titres des droits de l'homme alors méconnus. L'existence sociale est l'état naturel, de tous les hommes; l'histoire entière se lève pour proclamer ce principe.

Et puis, le droit de la légitime défense peut-il se confondre avec le droit de punir? Qu'est-ce que la légitime défense? C'est le droit naturel de repousser la force par la force; c'est le droit de la guerre. Mais ce droit cesse avec l'agression qui l'a fait naître. Lorsque le péril a disparu, lorsque l'agresseur est désarmé, est-on fondé à le

[1] Traité des délits et des peines, chap. 2.
[2] Principes des Lois, liv. 3, ch. 4.
[3] Voltaire, Commentaire sur le livre des délits et des peines; Brissot de Warville et Morellet, *ibid.*
[4] Liv. 3, chap. 4.
[5] Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre, t. 1, p. 17.
[6] Des pouvoirs et des obligations des jurys, chap. 12.

frapper en invoquant la légitime défense? Il faut donc reconnaître au droit de punir une autre source que ce droit de la défense, puisqu'il doit survivre au danger de l'attaque, et s'exercer lorsqu'elle a cessé d'être menaçante.

Quelques publicistes ont néanmoins persisté dans la théorie de Beccaria, mais en lui faisant subir de graves modifications. Laissant de côté la fiction d'une convention primitive, ils reconnaissent que pour l'homme c'est un devoir de vivre en société, et ils attribuent à cette société, considérée comme force collective, une puissance d'intervention pour la défense du droit attaqué. La limite naturelle où cette action doit s'arrêter est la garantie du droit qu'elle est appelée à défendre. Les crimes, dans ce système, ne sont donc considérés que dans leur rapport avec la conservation sociale; toute action répressive qui dépasserait ce but cesserait d'être légitime. Ses partisans ont essayé de le faire coïncider avec un autre principe que nous développerons tout à l'heure, celui de la justice morale : c'est en vertu du droit de la défense que le législateur agit, mais il doit circonscrire son action dans le cercle tracé par la règle du juste et de l'injuste; il peut incriminer les faits nuisibles à la société, mais pourvu que ces faits soient coupables aux yeux de la conscience humaine [1].

On voit que ce système, quelque peu vague, qu'on a appelé théorie de la défense indirecte, renferme à la fois le développement du principe posé par Beccaria et la conciliation de ce principe avec celui de la justice morale. Sous le premier rapport, ses partisans paraissent n'envisager cette défense que comme le droit d'opposer une digue à l'action du crime; le pouvoir social n'a mission que pour se défendre, et non pour punir. Mais contre qui se dirige sa défense? Ce n'est pas contre le délinquant qu'elle a saisi et désarmé; nous avons

[1] M. Charles Lucas, du Système pénal, p. 47, 108 et suiv. *Voyez* aussi M. Charles Comte, Traité de législation, tom. 1, liv. 1, chap. 6, p. 153, et Considérations sur le pouvoir judiciaire, pag. 6; et M. Pastoret, Lois pénales, tom. 1, 2e partie, p. 35.

déjà dit que le droit de défense ne peut survivre à l'attaque. C'est, dit-on, contre les délinquants futurs, contre les crimes à venir. C'est alors faire régner dans la loi le principe de l'intimidation, dont la conséquence directe est une tendance à exagérer les peines. A la vérité, cette tendance inévitable est affaiblie par le concours secondaire du principe de justice morale, dont le but est de proportionner les peines à la nature intrinsèque des actes. Mais cette alliance de deux règles, sinon opposées, du moins fort distinctes, rompt l'unité de la théorie et en embarrasse incessamment les applications. C'est surtout sous ce point de vue que ce système a été l'objet de quelques critiques.

3. Le génie indépendant de Bentham, qui sut affranchir entièrement sa pensée du joug des traditions historiques[1], rejeta les systèmes professés jusqu'à lui. « Ce qui justifie la peine, dit-il, c'est son utilité majeure, ou, pour mieux dire, sa nécessité. Les délinquants sont des ennemis publics. Où est le besoin que des ennemis consentent à être désarmés ou contenus[2]? » Dans cette doctrine, l'utilité générale est le principe; le but matériel de la peine, l'idée dominante; ce but est l'effet de la peine sur la multitude, ou l'intimidation. Il importe peu au législateur que la distribution des peines soit conforme aux règles d'une justice réelle, car une justice apparente a les mêmes effets : la loi pénale n'a qu'un seul objet, celui d'imprimer dans les populations la terreur de la peine, de même que ces incriminations n'ont qu'une seule base, l'intérêt de la majorité de la société à la répression des actes incriminés.

Présentée sous un point de vue aussi absolu, il est aisé de faire ressortir les vices d'une telle doctrine. Elle ne fait qu'appliquer à la société en général le principe de l'intérêt personnel; mais si ce principe n'est pas une règle suffisante de nos actions et de nos devoirs, comment suffirait-il pour légitimer une punition? L'utilité est un élément nécessaire de toute peine, en ce sens qu'aucune peine inu-

[1] M. Lerminier, de l'Influence de la philosophie sur la législation, p. 357.
[2] Théorie des peines et des récompenses, tom. 1, pag. 7.

tile ne doit être appliquée; mais cette utilité ne constitue pas un droit; car comment sera-t-elle constatée? ne varie-t-elle pas suivant des circonstances multipliées? d'après les climats, les besoins, les habitudes et les mœurs des nations? Ce n'est point un principe, mais un fait, par conséquent une base mobile, susceptible de modifications infinies. Avec une telle règle, quelles seraient les garanties des membres du corps social contre l'arbitraire? Qui empêchera que tel fait, innocent aujourd'hui, ne soit demain incriminé? Qui posera les limites aux incriminations du législateur et à l'exagération des peines? L'utilité générale, mot indéfini et vague, peut tout justifier, même des atrocités.

Il faut néanmoins remarquer que ce même système que nous poursuivons dans ses dernières conséquences, pourrait perdre la plus grande partie de ses inconvénients dans les mains d'un législateur habile qui traduirait le principe utilitaire dans une utilité bien entendue de la société; car le premier besoin de cette société est une exacte distribution de la justice : mais ce serait alors, et nous le reconnaîtrons plus loin, à l'accession secondaire d'un principe moral que serait dû ce résultat, et non à l'application isolée de la doctrine de l'intérêt.

4. Il nous reste à exposer une dernière théorie, à laquelle se rattache l'autorité d'un professeur célèbre, M. Rossi [1]. Rejetant à la fois et le principe de l'utilité et celui de la légitime défense, c'est dans la loi morale, qui nous est révélée par la conscience, que ce publiciste a cherché, en suivant la voie ouverte par Kant [2], le principe et la raison de la justice pénale. Ce tribunal de la conscience, qui sépare le mal du bien, le juste de l'injuste, révèle à l'homme les règles immuables de ses devoirs, et lui apprend qu'il est responsable de ses actions. Ces devoirs moraux et cette responsabilité de l'être libre et intelligent sont la base de la justice pénale.

Mais l'homme ne doit plus être considéré isolément; la société lui

[1] Traité du droit pénal, tom. 1.

[2] Métaphysique du droit.

a été donnée comme moyen de secours et de développement, elle est son état naturel; l'existence sociale est l'un de ses devoirs. Ce principe, en le combinant avec le premier, conduit à ce corollaire, que la société ou le pouvoir social qui la représente a le droit de punir ceux qui jettent le trouble dans son sein; mais que ce droit de punir est subordonné, dans son exercice, à l'existence de la violation d'un devoir, à l'existence d'une infraction morale. Ainsi, dans cette théorie, la punition n'est point un mal infligé dans l'intérêt d'un nombre quelconque d'individus, ou dans le but de produire une impression utile sur la multitude. La peine n'est en elle-même que la réparation d'un devoir violé, la rétribution du mal pour le mal.

Cependant, comme l'application des peines a pour but final la conservation de l'ordre social, il existe un autre élément indispensable de cette application. La justice absolue n'est pas la même que la justice sociale, quoiqu'elles dérivent de la même source. La justice sociale est limitée par les besoins de l'ordre et par l'imperfection de ses moyens d'action. Le législateur dépasserait donc ses pouvoirs, s'il infligeait une peine à un fait dont l'ordre social n'exige pas la répression, ou dont la poursuite amènerait plus de dommages que d'avantages à la société. C'est le principe de l'utilité que nous retrouvons ici, mais comme élément, et non plus comme circonstance constitutive du délit. Sans doute le législateur, en recherchant l'expression du besoin social, peut se tromper; mais son erreur aura moins de péril, puisque l'utilité d'une peine est insuffisante pour incriminer un fait : il faut encore que ce fait soit criminel aux yeux de la conscience humaine.

La conclusion de ce qui précède est que la justice pénale ne peut légitimement s'exercer qu'autant qu'elle appuie les punitions qu'elle inflige sur cette double condition : 1° que l'acte à punir soit immoral, ce qui constitue la justice intrinsèque de la punition; 2° que la punition soit nécessaire à la conservation de l'ordre social. Telles sont les règles qui forment la base de la théorie proposée par M. Rossi.

5. M. Guizot a écrit ces admirables paroles : « Les hommes n'ont jamais pu supporter de voir le châtiment tomber d'une main humaine

sur une action qu'ils jugeaient innocente ; la Providence seule a le droit de traiter sévèrement l'innocence sans rendre compte de ses motifs. L'esprit humain s'en étonne, s'en inquiète même ; mais il peut se dire qu'il y a là un mystère dont il ne sait pas le secret, et il s'élance hors de ce monde pour en trouver l'explication : sur la terre, et de la part des hommes, le châtiment n'a droit que sur le crime [1]. » Cette réflexion profonde a été la source de la théorie que nous venons d'exposer : le châtiment n'a droit que sur le crime ! Cette idée seule la résume et l'explique ; les systèmes qui justifient la peine par sa seule utilité sont désavoués par la conscience humaine, qui en repousse l'application à des actes qu'elle ne condamne pas. C'est dans l'immoralité intrinsèque du fait, dans la perversité de l'agent, que la punition puise toute sa légitimité. A ce point de vue nous sommes complétement d'accord avec la théorie : nous y trouvons de salutaires limites aux incriminations légères ou despotiques, un principe qui satisfait l'intelligence et la conscience de l'homme, une règle morale féconde en applications utiles. Ce système se complique cependant encore de difficultés graves.

La justice humaine a-t-elle les moyens de déterminer la criminalité absolue des actes, d'après une connaissance complète de la loi morale ? A-t-elle les moyens de connaître la criminalité de l'agent, d'après une connaissance également complète de son intention ? Il est évident qu'elle n'a point cette science, et qu'elle est à la fois limitée par l'imperfection de ses moyens d'action. Faut-il en déduire l'impossibilité d'appliquer la théorie ? Oui, si l'on veut y chercher la distribution de cette justice morale qui n'est l'attribut que de Dieu seul ; non, si l'on consent d'en restreindre l'application aux besoins de la société. Lorsqu'elle agit, il lui suffit de constater que la punition qu'elle inflige est intrinsèquement juste, c'est-à-dire, que l'acte qui en est l'objet est immoral, et que la culpabilité de l'agent est reconnue. Or elle a les moyens nécessaires d'acquérir

[1] De la peine de mort en matière politique, p. 100.

cette double certitude : il lui suffit de s'en rapporter à la conscience humaine pour porter ces deux jugements.

Mais le système de M. Rossi n'est pas également satisfaisant sous un autre rapport. Après avoir combattu le principe utilitaire comme base unique du droit de punir, il est forcé de l'admettre comme élément de ce droit. Il ne suffit pas que l'acte soit immoral pour que le pouvoir social doive le frapper, il est nécessaire qu'il expose la société à des périls. L'utilité de la peine est donc l'une des conditions de son application. Or, où seront les garanties contre les exigences injustes du pouvoir social? L'immoralité ne peut-elle pas se trouver à un certain degré dans des actions qu'il n'est pas utile de punir? Le duel et le suicide sont des actions immorales ; s'ensuit-il que le législateur ait le pouvoir de les atteindre? Ces questions restent sans réponse; comment fixer les besoins variables et incessants de la société? comment définir les limites de l'utilité générale?

Ensuite, il existe des faits que la conscience ne désavoue pas, et que la société est toutefois dans la nécessité de punir, dans l'intérêt de sa propre conservation. Supposez qu'une maladie reconnue contagieuse ait envahi l'une de nos cités : les peines les plus sévères devront punir toute violation des règles sanitaires [1]. Cependant cette violation, qui n'est le plus souvent qu'une contravention toute matérielle, peut n'avoir aucun des caractères du délit moral. Il en est de même du vagabondage, de la mendicité, de l'exercice illégal de la médecine, etc. Faut-il laisser ces faits impunis parce qu'ils n'enfreignent pas la loi morale? Faut-il proclamer la théorie insuffisante, ou lui créer des exceptions?

Peut-être eût-il été possible, sans déplacer les bases de ce système, d'en faire disparaître les conséquences que nous venons de signaler.

On admet que l'existence de l'homme en société est un devoir ; on

[1] La loi du 3 mars 1822 porte la peine de mort contre toute violation du régime de la patente brute.

admet encore que la mission de la justice pénale est limitée à la défense de cette société. Que conclure de ces prémisses? Que tout trouble apporté à l'ordre social est un délit moral, puisque ce trouble est la violation d'un devoir, celui de l'homme envers la société. Ainsi les actions que la justice a mission de punir seraient de deux sortes : ou empreintes d'une immoralité intrinsèque, ou pures en elles-mêmes de cette immoralité, mais la puisant alors dans la violation d'un devoir social : dans ces deux cas il y aurait délit social ; l'élément de ce délit serait la criminalité intrinsèque ou relative de l'acte. La plupart des contraventions matérielles rentrent dans cette dernière classe. Pour les incriminer, il faut substituer les devoirs de l'homme en société aux devoirs de l'homme isolé, le citoyen à l'homme, la conscience publique à la conscience individuelle.

Résumons en quelques mots ces divers systèmes. On a vu que l'un fait dériver le droit de punir d'une primitive convention entre les membres de la société; qu'un autre le fait remonter à un droit de défense qu'il attribue au pouvoir social; un troisième, à un principe exclusif d'utilité; un dernier enfin, à un principe de justice morale. Il est évident que les législateurs qui choisiraient l'un ou l'autre de ces principes pour bannière et en adopteraient franchement les conséquences, arriveraient à des résultats opposés. C'est ainsi que celui qui aurait inscrit sur le fronton de son code le seul mot *utilité*, éprouverait une tendance presque invincible à apprécier les actes humains d'après leurs effets accidentels, plutôt que d'après leur perversité intrinsèque. C'est ainsi encore que toute législation qui reposera sur un principe moral tendra à mesurer les peines sur la valeur des actions, à punir plutôt qu'à effrayer.

Toutefois ces différences peuvent s'effacer insensiblement dans l'application, soit que le législateur tempère la rigueur des déductions de chacun de ces principes, soit qu'il cherche à les concilier ensemble. M. Livingston, que la Louisiane avait chargé de la noble mission de lui rédiger un code pénal, s'est abstenu de professer aucune théorie dans son travail ; il a même ambitionné de se faire applaudir de tous les systèmes. « Si le contrat social, dit-il, a jamais

existé, son but a dû être la conservation des droits naturels de ses membres, et dès lors les effets de cette fiction sont les mêmes que ceux de la théorie qui prend une abstraite justice comme base du droit de punir; car cette justice, bien entendue, est celle qui assure à chaque membre de la cité l'exercice de ses droits. Et s'il se trouve que l'utilité, dernière source à laquelle on fasse remonter le droit de punir, soit si intimement unie à la justice, qu'elle en est inséparable dans la pratique du droit, il s'ensuivra que tout système fondé sur l'un de ces principes doit être soutenu par les autres [1]. »

Il résulterait de cette observation, et le même criminaliste n'hésite pas à le dire, que les querelles des théories auraient plutôt porté sur les termes que sur le fond des choses. Il nous semble que c'est aller un peu loin. Il est très-vrai que les diverses théories peuvent, avec des déviations plus ou moins avouées, se fondre dans un même résultat. Mais quelle en est la raison? C'est que le législateur, tout en inscrivant dans ses lois le principe de l'utilité ou de la défense sociale, aura plus ou moins admis le concours accessoire d'un principe moral; nous verrons plus loin un exemple de cette coïncidence dans le code pénal.

Il faut, au surplus, le dire hautement, car toutes les théories du droit pénal se résument là : il ne peut exister un bon système pénal que sous un gouvernement libre. Les théories, quelque fortes que fussent leurs lois, seraient impuissantes sous le despotisme. Il y a une liaison intime entre les progrès des institutions politiques et ceux des lois criminelles; elles croissent, elles se perfectionnent ensemble; celles-ci sont la conséquence presque immédiate des autres. C'est donc au pouvoir social qui émane d'institutions libres à apprécier, soit sous un point de vue théorique, soit abstraction faite de tout système, les actes qui menacent l'existence de la société : bornée aux faits qui offrent ce péril et qui sont empreints d'une criminalité intrinsèque ou relative, la justice pénale aura rempli sa mission.

Notre dessein n'est pas d'insister sur ces idées; il a suffi de les

[1] Introductory report to the Code of crimes and punishments, p. 114.

indiquer. Ce que nous voulons constater comme résultat de cette discussion, c'est que l'examen de toute législation pénale serait incomplet si l'on oubliait de remonter au principe qui lui a servi de base; c'est qu'il est certain que ce principe n'est pas sans influence sur le législateur qui l'a pris pour point d'appui de ses prescriptions. Le commentateur doit donc puiser dans cette recherche la première règle de ses interprétations.

6. [[Il faut compléter les observations qui précèdent; il faut, pour mieux éclairer la législation que ce livre a pour but d'expliquer, rechercher avec un peu plus de développement les racines du principe qui va se refléter dans ses textes.

L'histoire enseigne que, chez tous les peuples barbares, la vengeance a été le premier principe des peines. Là où il n'y a pas de justice sociale, la justice privée prend nécessairement sa place; là où la société ne protége pas les personnes, les personnes se défendent elles-mêmes; les violences justifient les violences. Telle est la loi de tous les peuples chez qui la force matérielle n'est pas subordonnée à la force morale. Le droit de vengeance appartenait à la famille; il était imposé comme un devoir aux parents les plus proches. La vengeance du sang était une véritable punition infligée sous forme de représailles, sans jugement et sans mesure, par les parties lésées à l'auteur de l'offense ou aux personnes de sa famille ou de sa tribu [1].

Ces premières coutumes, qui sont en quelque sorte associées à l'état primitif de chaque peuple, se transforment bientôt. Le droit de vengeance à force ouverte, né de l'indépendance des individus, s'affaiblit à mesure que les liens de la société commencent à se former. Dès que dans chaque peuplade, dans chaque nation, une autorité se développe, cette autorité cherche à attirer à elle la distribution des châtiments; mais elle n'en change pas sur-le-champ la nature; elle se substitue aux parties lésées, en ce point qu'elle prononce et applique elle-même les peines que les coupables avaient

[1] Genèse, 14, 14; Deuter. 19, 6; Tac. de moribus germ. 21; Pardessus, loi salique, p. 654.

méritées; mais elle continue le même système; le corps social, l'État, la cité prennent la querelle de l'offensé et s'identifient avec lui; la vengeance, au lieu d'être personnelle et privée, devient générale et publique. Le droit de la *vindicte publique* entre dans la législation, et est tenu comme légitime. L'État menacé, la paix enfreinte se vengeaient par des peines. De là l'exagération de ces peines, de là les tortures et les supplices. A la violence des passions humaines on opposait des lois qui respiraient la vengeance et qui semblaient écrites avec du sang.

Les nations anciennes, même les plus civilisées, étaient prodigues des peines les plus barbares : à Athènes, les supplices de la lapidation, de la croix, du feu, les coups de fouet ou de bâton, étaient appliqués non-seulement à l'homicide, mais à la trahison, à la désertion à l'ennemi, au vol manifeste, à la profanation des mystères, au sacrilége. A Rome, s'il est vrai, comme le dit Tite-Live, que les peines furent d'abord empreintes de modération : *in aliis gloriari licet nulli gentium meliores placuisse pœnas*, cette modération dura peu [1]. Les condamnés avaient la tête tranchée après avoir été frappés de verges; ils étaient tantôt précipités de la roche tarpéienne, tantôt enfermés dans un sac et jetés à la mer, tantôt brûlés vivants, tantôt attachés à une croix ou livrés aux bêtes féroces. Quelques-uns de ces supplices furent remplacés plus tard par les supplices du glaive ou de la potence; *Damnatio ad gladium et ad furcam.* Il faut ajouter encore l'amputation d'un membre, l'application des verges jusqu'au sang, *cum virgis sanguineis*, la marque au front des condamnés. On trouve, dans toutes les législations de cette seconde période, la même cruauté dans l'application des peines, les mêmes excès dans la répression des crimes.

Et cependant on peut apercevoir, dès ces premiers temps, les efforts de la conscience humaine, quoiqu'elle ne fût pas alors éclairée des mêmes lumières, pour apporter, quoique d'une manière vague et confuse, quelques limites à ces pénalités excessives.

[1] Livius, 1, 51; 2, 5.

Ainsi les prêtres, qui exerçaient une grande influence sur les peuples, intervinrent souvent, à cette première phase des sociétés, dans la dispensation de la justice. On trouve dans l'Inde, dans l'Egypte, dans la Judée, dans la Grèce, dans la Gaule, l'usage assez fréquent des sacrifices expiatoires; les auteurs des meurtres ou des pillages fléchissaient par des cérémonies la colère divine, et se purifiaient des souillures du crime, ou devenaient eux-mêmes les victimes offertes en holocauste. En Egypte [1], dans les Gaules [2], chez les peuples du Nord [3], les prêtres jugeaient eux-mêmes les crimes ou pouvaient s'opposer à l'exécution des châtiments. La confusion de la justice divine et de la justice humaine se rencontre ainsi au berceau des sociétés; elle entraîne comme conséquence l'idée de l'expiation, l'idée de la punition ou du repentir purifiant l'agent et le rachetant de ses fautes. C'est la première expression d'une loi morale confusément comprise et faussement appliquée. La justice humaine, défiante d'elle-même, s'appuyait sur la justice divine. De là toute la procédure des épreuves, de là les jugements de Dieu qui se retrouvent dans les coutumes de la plupart des peuples barbares.

Une autre limite du droit de la vengeance fut la loi du talion. Le talion, qui ne s'appliquait qu'aux attentats contre les personnes, est l'expression grossière d'une règle de la justice morale; c'est la rétribution la plus complète du mal pour le mal; c'est l'expiation telle que la justice humaine, en ces temps barbares, a dû la concevoir, l'expiation limitée à la quotité du mal causé. On en trouve dans l'Exode cette formule : *Reddes animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, adustionem pro adustione, vulnus pro vulnere, livorem pro livore* [4]. Les lois grecques et les lois romaines ont gardé les traces de son application. Une loi, attribuée à Solon par Diogène de Laerte,

[1] Diodore de Sicile, 1, 105.
[2] Klimrath, t. 1, p. 194.
[3] Tacite, German. 7.
[4] Ex. 21, 23.

portait : *Si quis monoculo oculum effoderit, uterque ei effodiatur*[1]. La loi des XII Tables en avait consacré le principe : *Si membrum rupit, ni cum eo pascit, talio esto*[2]. Il continua même de régir le crime d'accusation calomnieuse[3].

Ce principe était l'application à l'agent d'un mal identique au mal qu'il avait fait : la vie payait pour la vie, les membres pour les membres, le sang pour le sang. Il s'appuyait sur une double idée : l'idée religieuse de l'expiation, idée que la conscience humaine a toujours admise, et l'idée sociale de restreindre cette expiation à la proportion du préjudice éprouvé. Sous ce dernier rapport, on y trouve un premier pas de la justice : tout en reconnaissant le droit des représailles, cette loi en réglait l'usage, elle le contenait dans des limites fixes, elle déterminait la gravité de la peine qu'il pouvait infliger, et lui défendait d'aller au delà.

Une troisième limite qui fut apportée soit au principe de la vengeance, soit à l'application même du talion, fut l'usage des compositions, qui transformaient les peines corporelles en peines pécuniaires. L'accusé, menacé par la partie lésée ou par sa famille, pouvait, en cédant ses propriétés ou en payant une certaine somme, se mettre à l'abri de leurs coups ; la composition, qui dans les premiers temps devait être agréée par la partie, et qui plus tard lui était imposée, éteignait les représailles. Cette coutume, qui était consacrée dans les lois hébraïques, dans les lois grecques et dans les premières lois romaines, a reçu ses plus grands développements dans les lois germaniques, qui ont été jusqu'à régler le prix de rachat de chaque espèce de crime. L'institution, dans ces dernières lois, du *fredum*, affecté au juge ou chef de l'État, imprimait à la composition un caractère général ; on peut y voir une tendance vers le régime qui devait substituer les peines publiques aux peines privées, l'action sociale à l'action individuelle.]]

[1] Diog. Laert. Vit. Solon., § 9; Arist. Nicom. 5, 8.

[2] Aulu Gell. 10, 1.

[3] L. 10 Cod. de calumniat.

7. [[Les progrès de l'organisation sociale modifièrent peu à peu ces premiers errements de la justice. L'Etat entrevit un autre but que celui de la vengeance ou celui de l'expiation ; il sévit contre les malfaiteurs dans le seul intérêt de l'ordre et de sa propre conservation. C'est là l'idée qui est perpétuellement exprimée dans toutes les sociétés organisées.

Elle est nettement formulée dans les dialogues de Platon. On lit dans le *Protagoras* : « Personne ne châtie ceux qui se sont rendus coupables d'injustice par la seule raison qu'ils ont commis une injustice, à moins qu'on ne punisse d'une manière brutale et déraisonnable. Mais lorsqu'on fait usage de sa raison dans les peines qu'on inflige, on ne châtie pas à raison de la faute passée, car on ne saurait empêcher que ce qui est fait ne soit fait, mais à cause de la faute à venir, afin que le coupable n'y retombe plus, et que son châtiment retienne ceux qui en seront les témoins[1]. » On lit encore dans les *Lois* : « Il est nécessaire que le législateur prévienne et menace ceux qui pourraient devenir criminels, et qu'il fasse des lois pour les détourner du crime et les punir quand ils seront coupables, comme s'ils devaient le devenir[2]. »

Le même principe anime évidemment la législation romaine. Cicéron déclare en termes formels que toute peine n'a pour fondement que l'intérêt de l'État : *Omnem animadversionem et castigationem ad reipublicæ utilitatem pertinere*[3]. Sénèque ne lui reconnaît également qu'un but, c'est d'assurer la sécurité publique : *Ut securiores cæteri vivant*[4] ; et c'est pour atteindre ce but qu'il veut qu'elle ait pour effet de corriger le coupable et de servir d'exemple : *Ut cum quem punit emendet, aut ut pœna ejus cæteros meliores reddat.* Si ces effets ne sont pas produits, il n'hésite pas à déclarer que la paix publique doit être assurée par la destruction des coupables,

[1] Trad. de M. Cousin, t. 3, p. 41.
[2] Trad. de M. Cousin, t. 8, p. 276.
[3] De officiis, lib. 2.
[4] De clementiâ, lib. 1, cap. 22.

sublatis malis [1]; et il répète les paroles de Platon : *Nam ut Plato ait : Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim præterita non possunt, futura prohibentur; et quos volet nequitiæ mali cedentes exempla fieri, palam occidet, non tantum ut pereant ipsi, sed ut alios pereundo deterreant* [2]. Quintilien se demande si la peine doit se proposer de punir l'acte commis ou de servir d'exemple, et il déclare qu'elle est avant tout exemplaire : *Omnis pœna non tam ad delictum pertinet quam ad exemplum* [3]. Enfin Aulu Gelle, après avoir reconnu également que là où il n'y a pas nécessité de faire un exemple, il n'y a pas lieu de punir [4], assigne à la peine, en s'appuyant sur Taurus, commentateur du Gorgias, outre la correction du coupable et l'exemple, la réparation du dommage. Les lois romaines n'ont aucun texte qui soit directement contraire à ces maximes [5].

Les nations modernes, aussitôt que quelques rayons commencent à luire au milieu des ténèbres du moyen âge, donnent la même base à leurs lois pénales. Le droit de la vindicte publique, qui continue d'y régner, n'est qu'une nouvelle forme, faussée d'ailleurs par les préjugés et les mœurs, du principe de l'utilité sociale qui s'est développé en même temps que le principe de l'État et qui en a partagé les égarements. Nos anciens légistes, lorsque les notions juridiques commencèrent à se répandre, n'en soupçonnaient point d'autre. Beaumanoir répète, après les Assises de Jérusalem et toutes les coutumes locales, que « la vengeance doit être prise de çascun meffet, » et il

[1] Eod. loc., et De irâ, 1, 16.

[2] De irâ, 1, 16.

[3] Décl. 274.

[4] Noct. att., lib. 6, cap. 14.

[5] L. 31 Dig. depos. : « Ut aliis exemplo ad deterrenda maleficia sit. » — L. 1 Cod. ad leg. Jul. repetund. : « Ut unius pœna possit esse multorum. » — L. 29 Cod. Theod. de navicul : « Ne crescat audacia in posterum. » — Justinien, nov. 17, cap. 5 : « Cum vehementiâ corrige ut paucorum supplicium alios omnes facias salvos; » et nov. 30, cap. 11 : « Acerbè punito ut paucorum hominum supplicio omnes reliquos continuè castigas. »

pose en règle que la peine n'a qu'un but, l'exemple : « Bonne coze, dit-il, est que l'on courre au deuant des malfeteurs et qu'ils soient si rudement pusni et justicié selon lor meffet que li autres en preugnent exemple, si que ils se gardent de meffers [1]. » Pierre Ayraut, le plus indépendant et le plus instruit de nos anciens criminalistes, reprend la même règle : « La justice, en toutes ses exécutions, tend plus à l'exemple qu'au chatiement. Si le magistrat doit faire comme le bon médecin, qui tend à guérir, non pas à perdre, est-ce correction ou amendement que d'exterminer? C'est donc pour l'exemple que la justice punist; et pour cette raison les Latins appeloient même celui qui estoit chatié et exécuté *exemplum* [2]. » Jean Bouteiller, en son *Grand Coustumier*, s'exprime encore ainsi : « Peine de loy fut par les anciens advisée pour refraindre la male volonté des malfaiteurs. Combien que toujours doit la peine être entendue en la moins aspre partie par le juge, car justice sans miséricorde est trop dure chose, et miséricorde sans justice est trop lasche chose, et pour ce il faut y avoir attrempance et moyen par sage direction de juge; » et il ajoute qu'au cas d'accoustumance, si les malfaiteurs « sont de leur nature brigans, telles gens doivent estre si grievement pusnis que ce soit exemple à tous autres [3]. »

Tous les publicistes qui s'occupèrent, la plupart très-accessoirement à la vérité, des fondements du droit pénal, sont venus successivement affirmer la même doctrine. Thomas Hobbes, qui fait dériver le droit de punir du contrat social et de la nécessité de contenir les hommes par l'appréhension des peines, déclare que ces peines doivent regarder, non le mal passé, mais le bien à venir, parce qu'elles ne se mesurent qu'à l'utilité publique, et que leur but n'est que de corriger le coupable et de rendre meilleurs ceux à qui le supplice doit servir d'exemple [4]. Suivant Locke, les peines ne

[1] Coutumes de Beauvoisis, cap. 30.

[2] Ordre et formalité judiciaires.

[3] Ch. 29.

[4] De cive, cap. 3 et 10; Leviathan, cap. 28.

tendent qu'à réparer le dommage qui a été causé et à empêcher qu'il n'en arrive un semblable à l'avenir : toute peine qui serait établie par un autre motif que la nécessité de la conservation du corps social, serait une peine illégitime [1]. Puffendorf [2], Montesquieu [3], Vattel [4], J.-J. Rousseau [5] et Beccaria ne font que répéter, avec quelques nuances dans les expressions, le même principe : « L'idée de l'utilité commune, a dit ce dernier, est la base de la justice humaine. Les châtiments n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société et de détourner ses concitoyens de la voie du crime [6]. » Tous les praticiens de ce temps, Serpillon, Jousse, Muyart de Vouglans, ne font que répéter la même idée sans la développer : « La loi s'est proposé trois objets en établissant les peines, dit ce dernier, savoir : de corriger le coupable et d'empêcher qu'il ne retombe dans les mêmes crimes; de venger le particulier offensé du préjudice qu'il a souffert, et d'assurer l'ordre public en détournant les autres, par la terreur des châtiments, de commettre de semblables crimes [7]. »]]

8. [[Cependant, à côté de cette base de l'utilité commune reconnue à la législation et de cet effet d'intimidation assigné à la peine, un autre principe s'était fait jour : l'idée religieuse de l'expiation, que nous avons vue naître aux premiers âges de la société, se reproduisait sous une autre forme et avec un autre but. Paul, d'abord, pour établir que la peine ne passe pas aux héritiers, pose en règle qu'elle a pour objet l'amendement des coupables : *Pœna constituitur in emendationem hominum* [8]. Les empereurs Sévère et Antonin déclarent dans un rescrit qu'en commettant une faute, le

[1] Du gouvernement civil.
[2] Droit de la nature et des gens, liv. 8, chap. 2, § 12.
[3] Esprit des lois, liv. 26, ch. 12.
[4] Le Droit des gens, liv. 1, ch. 13.
[5] Contrat social, liv. 2, ch. 5.
[6] Introduction au Traité des délits et des peines.
[7] Réfutation du Traité des délits et des peines.
[8] L. 20 Dig. de pœnis.

coupable s'est par là même soumis à une peine : *ipsa re huic pœnæ subdidisti* [1]. Arcadius et Honorius établissent comme un principe qu'il ne peut y avoir de châtiment là où il n'y a pas de faute : *Sancimus ibi esse pœnam ubi et noxa est* [2]; ils disposent encore que la peine doit être égale à la faute, *par pœna peccato*, et en rapport avec la nature du crime, *condigna crimini* [3]. Cette doctrine se développa sous l'influence des idées chrétiennes : saint Augustin enseignait que le châtiment n'est juste qu'autant qu'il frappe une faute : *Omnis pœna, si justa est, peccati pœna est* [4]; qu'il n'est qu'une pénitence : *pœnitens est pœnam tenere* [5], ou, en d'autres termes, une souffrance qui punit et expie la faute commise, *læsio quæ punit et vindicat quod quisque commisit* [6]. C'est en ce sens que Tertullien considère le délit comme une dette, parce que la justice a le droit d'en exiger la punition [7]. C'est en suivant la même voie qu'au XVIe siècle, Alphonse de Castro plaçait sur la même ligne, comme deux actes d'un caractère identique, la pénitence imposée au pécheur et le châtiment infligé au délinquant [8]. Le caractère propre de la peine, suivant ce théologien, c'est qu'elle est infligée à raison de la faute commise et pour la punir ; c'est une rétribution du mal que l'agent a commis, et son but est de rétablir l'ordre qu'il a troublé.

On retrouve cette doctrine dans Grotius, dans Selden, dans Leibnitz. « Pour punir légitimement, dit Grotius, il faut avoir le droit de punir; or le droit vient du mal que le criminel a fait [9]. » Ainsi, c'est du mal du délit que dérive le droit de punir, c'est la faute accomplie qui est la source et la mesure de la punition. Il définit en

[1] L. 1 Dig. de jure fisci.
[2] L. 18 Cod. Theod. de pœnis.
[3] L. 1 Cod. Theod. de crimine peculatûs.
[4] De libero arbitrio, lib. 3, cap. 15.
[5] De verâ et falsâ pœnitentiâ, cap. 19.
[6] Can. 4, quæst. 3, dist. 3, caus. 33.
[7] De oratione, cap. 7.
[8] De potestate legis pœnalis, 1556.
[9] De jure belli et pacis, lib. 2, cap. 20, § 2, 5 et 6.

conséquence la peine *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, c'est-à-dire la rétribution d'un mal infligé à raison du mal de l'action. Selden, plus explicite, enseigne nettement que la peine n'est infligée qu'à raison du mal commis, *quia peccatum est*, et que le seul motif de son institution est de réparer, d'expier, de purger le mal [1]. Il la considère comme une souffrance qui apporte avec elle l'expiation et comme un remède qui opère la régénération du coupable. « Ce n'est point en vue d'un mal futur, ajoute-t-il, que les châtiments sont établis, c'est en vue d'un mal accompli, *pro malo actionis præteritæ* : la peine est la rétribution du mal du délit et la correction du coupable. » Son caractère est purement expiatoire. Leibnitz considère la justice humaine comme une communication de la justice divine, qu'il appelle punitive et vindicative, et lui assigne la même fin [2]. Cette école a acquis, à la fin du siècle dernier, une puissance nouvelle par le concours qu'elle a reçu du philosophe de Kœnigsberg. Le principe fondamental de la pénalité, suivant Kant, c'est la justice; sa fin est la réparation du mal du délit, son rachat ou son expiation par le châtiment [3]. Dans ce système, les châtiments ne sont que des moyens ou des manifestations de l'expiation morale; c'est la stricte application aux choses humaines des règles de la justice absolue; la loi du talion en détermine la qualité et la mesure. Quelques-uns des disciples de Kant, en partant du même principe, ont proposé de circonscrire l'intervention de la justice aux cas où l'acte immoral aurait violé les droits de la société ou les droits des individus qui la composent. Cette théorie, qui supposait une exacte définition des droits légitimes de la société et de ses membres, a été condamnée par les difficultés de son application. D'autres se sont bornés à imposer simplement pour limite à l'action de la justice morale l'intérêt social, l'intérêt de l'ordre extérieur et de la paix publique, et c'est à cette sorte de transaction que M. Rossi s'est rattaché : « Le

[1] De jure naturali et gentium, lib. 1, cap. 4.
[2] Essais de théodicée, § 73.
[3] Eléments métaphysiques de la doctrine du droit, p. 197 et 247.

pouvoir social, dit-il, ne peut regarder comme délit que la violation d'un devoir envers la société et les individus exigible en soi et utile au maintien de l'ordre politique. » Cette théorie de la justice morale ainsi restreinte dans les limites de l'utilité sociale a été embrassée par plusieurs éminents écrivains [1]. Arrêtons-nous un moment à l'examen de sa doctrine.]]

9. [[C'est à la loi morale, comme à sa source, qu'elle fait remonter la justice pénale; c'est dans les préceptes de la justice divine qu'elle cherche ses préceptes et ses lois : l'utilité sociale n'est qu'une limite des incriminations, une mesure des pénalités. « Le droit pénal, a dit M. Rossi, se compose d'une partie absolue et d'une partie relative, d'une partie variable et d'une partie invariable, d'une partie sur laquelle l'homme ne peut rien et d'une partie qu'il peut modifier en modifiant sa propre manière d'être, en un mot, de préceptes de justice et de règles d'utilité. L'utilité n'est pas un principe suprême, générateur primitif de nos droits et de nos devoirs; elle est un motif; elle est et doit être pour la société une mesure dans l'exercice des pouvoirs dérivant d'une source plus élevée. La justice pénale est une portion de la justice universelle; elle a des bornes, le maintien de l'ordre social. »

Que la loi morale soit un élément nécessaire de la justice pénale, on ne peut en douter. Il est certain que le législateur ne peut saisir des actes dont l'incrimination répugne à la conscience, qu'il ne peut flétrir des faits qu'elle juge innocents ou méritoires, qu'il ne peut commander des actions qu'elle réprouve et qu'elle condamne. La première condition de la loi sociale est d'être en harmonie avec la loi morale ; la pénalité ne peut être utile sans être juste. Tous les systèmes sont aujourd'hui d'accord sur cette idée fondamentale qui est désormais acquise à la science. La difficulté ne s'élève que pour établir le rapport de la justice morale et de la justice pénale; quelle est

[1] M. Cousin, Arg. phil. du Gorgias, trad. des œuvres de Platon; M. Guizot, De la peine de mort en matière politique; M. de Broglie, Revue française, 1828.

la nature de ce rapport? La justice morale n'est-elle qu'un élément de la justice pénale, destiné à la contenir et même à la diriger, mais sans en changer la mission spéciale et restreinte? ou bien est-elle au contraire la source d'où l'autre procède, le principe que celle-ci ne fait qu'appliquer? En d'autres termes, la justice sociale, même en s'appuyant sur la loi morale, a-t-elle en elle-même des conditions de vie qui lui soient propres, ou n'est-elle qu'une émanation et une délégation de la justice absolue?

Quel est le but de la justice morale? c'est le rétablissement de l'ordre troublé par un acte immoral. Comment s'opère ce rétablissement? par l'expiation de la faute. Cette expiation est la rétribution dans une juste proportion du mal par le mal. Est-ce là la mission de la justice sociale? Est-elle chargée, par une délégation de la justice éternelle, d'en faire régner et d'en appliquer les lois? a-t-elle le pouvoir d'exiger des coupables l'expiation de leurs délits? L'expiation qui, suivant Leibnitz, est « le rétablissement de l'ordre par le châtiment, » est, en d'autres termes, la faute rachetée par la souffrance, le crime réparé par la peine. Elle s'opère par l'infliction d'une douleur égale à l'intensité de la faute; elle s'opère aussi par les regrets et les remords, par le repentir et les larmes, par une épuration vraie des mouvements de l'âme. L'ordre est rétabli et l'expiation est entière quand le coupable reconnaît son égarement et le déplore, quand il manifeste son repentir, quand il s'efforce d'effacer les traces de son crime et d'en réparer les effets. Est-ce là l'expiation que la justice humaine peut poursuivre? Evidemment non, car elle n'a pas les moyens de la constater. Comment pourrait-elle vérifier les regrets, les remords et le repentir? Comment pourrait-elle pénétrer dans la pensée du coupable pour mesurer le degré de la faute et le degré de l'expiation? Elle s'arrête aux faits extérieurs, aux indices, aux probabilités. Elle saisit le trouble social, elle ne saisit pas le trouble moral. Elle aperçoit le dommage matériel, elle n'aperçoit pas le mal interne et tous les faits moraux qui l'aggravent ou l'atténuent. Que peut avoir de commun cette justice qui ne voit que les actes externes, et la justice éternelle qui ne voit que l'âme et ses troubles secrets? Comment parviendrait-elle à opérer l'ex-

piation, quand elle ne peut apprécier ni la valeur morale du délit, ni le degré d'une peine égale à cette valeur?

Ensuite, si cette analogie de la justice divine de la justice humaine était admise, n'y a-t-il pas lieu de craindre qu'en donnant pour base au châtiment l'intensité du mal moral, non-seulement la justice humaine ne puisse arriver à une équitable proportion entre le délit et la peine, mais qu'elle ne soit entraînée, par cela seul qu'elle fait l'office de la justice divine, à porter les incriminations et les peines au delà de leurs limites légitimes? L'ordre moral, en effet, plus susceptible que l'ordre social, souffre de mille atteintes dont ce dernier ne souffre pas; il s'inquiète d'un grand nombre d'infractions qui, par cela seul qu'elles ne sont accompagnées d'aucun trouble extérieur, sont indifférentes à celui-ci. De là sa tendance naturelle à se prêter facilement à des incriminations que l'intérêt de l'ordre social ne justifie pas. Chaque incrimination est une conquête pour la loi morale, car elle donne dans ce monde une sanction à l'un de ses principes, elle étend les bornes de son empire temporel, elle en promulgue les décrets. De là une incessante provocation près de la loi sociale pour la porter à saisir tous les actes naturellement immoraux qui ne touchent qu'indirectement à l'intérêt général, pour lui faire épouser toutes les querelles de l'ordre moral, pour lui faire venger toutes ses blessures. On peut facilement apercevoir les périls dont cette tendance menacerait la liberté civile : toutes les actions humaines qui, bien qu'immorales en elles-mêmes, n'ont pas été saisies par la loi pénale, parce qu'elles n'apportent aucun trouble à l'ordre extérieur de la société, pourraient et devraient même devenir l'objet de ses incriminations; car le progrès de cette loi, s'il était reconnu qu'elle prend sa source dans la loi morale, qu'elle en émane et qu'elle a pour mission de l'appliquer, consisterait nécessairement à apporter une sanction à tous ses principes.]]

10. [[Quel est donc le véritable fondement du droit pénal? A quel principe faut-il remonter pour l'expliquer et pour en rendre compte? On a vu que tous les principes qui ont été successivement invoqués, le droit de vengeance, le droit de défense, l'utilité commune isolée de

toute autre condition, l'expiation, ne suffisent pas pour justifier la légitimité de ses applications. Nous croyons que sa base n'est point dans tel ou tel système, mais dans la nécessité même des choses. L'homme est né dans la société et pour la société; c'est là son état de nature. Or la société ne peut exister que par l'accomplissement des lois qui sont nécessaires pour faire régner l'ordre, c'est-à-dire pour faire respecter et les droits de la société elle-même et les droits de chacun de ses membres. Il y a donc dans l'association humaine une loi de conservation qui justifie toutes les mesures qui sont les conditions essentielles de sa vie. La justice pénale existe parce qu'elle est une de ces conditions, parce qu'elle est un des éléments nécessaires à sa conservation. Elle n'a pas besoin d'autre titre; sa légitimité est tout entière dans la loi sociale. Elle n'exerce point un droit de défense, comme on l'a dit improprement; elle exerce purement et simplement un droit de conservation, droit qui s'étend à tous les droits, à tous les intérêts sociaux, et qui porte en lui-même, comme un développement logique et nécessaire, les mesures de prévoyance qui ont pour objet de contenir les actes nuisibles à l'ordre, et les mesures qui ont pour objet de les réprimer.

Nous comprenons que quelques esprits éminents se soient efforcés d'assigner pour source à la loi humaine la loi divine elle-même, afin de lui imposer les mêmes préceptes et les mêmes règles. La justice pénale admet la loi morale comme un élément indispensable, mais non comme la source dont elle émane; elle y voit une condition, une limite de ses incriminations, de ses pénalités, mais non leur principe. Elle n'a point, en effet, la mission de donner une sanction à cette loi divine et d'en faire observer les préceptes. Elle ne s'occupe et ne peut s'occuper que de l'ordre public et des intérêts sociaux, elle ne peut avoir d'autre objet que de maintenir cet ordre et de sauvegarder ces intérêts. L'homme, qui ne connaît qu'incomplétement l'ordre moral, qui n'aperçoit que confusément quelques-unes de ses règles et se trompe en les appliquant, n'a les moyens ni de vérifier à quel point elles ont été violées, ni d'apprécier le taux de la réparation exigible. La justice sociale n'a pas pour mission d'exercer la

justice morale ; le cercle où elle se meut est limité ; elle ne peut avoir d'action que sur les faits extérieurs, sur les actes matériels. Elle saisit les choses et non les pensées ; elle s'arrête aux actions qui troublent la paix publique, et non à celles qui dévoilent la perversité intérieure des âmes ; elle a pour mobile le mal matériel, et non le mal moral. Assigner à l'une et à l'autre la même origine et les mêmes règles, n'est-ce pas confondre deux ordres de choses distincts ? n'est-ce pas égarer la justice humaine en lui proposant un but au delà de sa portée? n'est-ce pas, en plaçant entre les mains du législateur une délégation de la justice céleste, légitimer le plus dur des despotismes, celui qui pèserait sur les actes de la vie intérieure? Les deux justices ont un nom commun, parce que, dans une sphère différente, elles poursuivent une tâche, non point identique, mais analogue, parce que l'une et l'autre, dans le monde moral et dans le monde social, ont pour but d'obtenir le rétablissement de l'ordre. On a pu même dire que la justice est une ; elle est une en ce sens que la justice sociale, comme la justice morale, ne prétend atteindre que les actes injustes ; que, comme elle, elle en cherche la punition ; que, née de la loi naturelle de la conservation sociale, elle tend à s'appuyer sur les règles morales qui sont le vrai fondement de la société humaine. Mais cette unité ne consiste que dans une vue commune et quelques règles identiques ; elle ne va pas au delà. La justice sociale n'est point la justice morale lorsqu'elle est forcée d'apprécier la gravité des actes sur le trouble qu'ils ont causé, et la moralité des agents sur les indices extérieurs qu'elle saisit ; elle n'est point la justice morale quand elle se borne à rétablir l'ordre matériel et quand elle incrimine des actes que la conscience individuelle n'approuve pas sans doute, mais qu'elle ne flétrit pas non plus, telles que les contraventions et les délits purement matériels.

Telle est la doctrine qui est au fond du livre de Beccaria, mais qu'il n'a fait qu'indiquer ; on y lit, en effet, « que la justice pénale ne doit saisir que les délits contraires à la loi naturelle et à la loi sociale ; que la législation ne doit jamais être séparée de la morale et ne doit

jamais se mettre en opposition avec elle[1]. » Ainsi, après lui avoir donné pour base l'utilité commune, il ajoute que ses mesures ne doivent atteindre que les faits qui constituent à la fois une infraction à la loi sociale, c'est l'élément de l'incrimination, et une infraction à la loi morale, c'est la condition qui lui sert de limite. Les nombreux publicistes qui ont suivi ses traces, et parmi eux les plus célèbres, Filangieri[2], Jérémie Bentham[3] et Feerbach[4], n'ont fait, avec des formules très-diverses, que reproduire une partie de cette théorie, à savoir : le principe social qui fonde la légitimité de la loi pénale et le principe de l'utilité commune qui lui donne sa direction; mais Bentham, en s'arrêtant à ces deux premiers points, et Feerbach, en ne cherchant dans la contrainte psychologique produite par la menace de la peine que l'effet préventif qui en est la conséquence, n'ont point songé à féconder l'idée jetée en germe de la nécessité de l'étroite union de la loi pénale et de la loi morale. Cette idée, qui doit former la base véritable et nécessaire des incriminations et des peines, n'a été nettement formulée que dans ces derniers temps.]]

[1] Traité des délits et des peines, ch. 22 et 25.
[2] Scienza della legislazione, liv. 3, 2e p., ch. 2.
[3] Théorie des peines, ch. 3.
[4] Lehrbuch des Peinlichen Rechts, 1, § 13.

CHAPITRE II.

SYSTÈME DU CODE PÉNAL.

11. Nous arrivons au code pénal. Préparé quelques années après la publication des traités de Bentham [1], qui firent une si profonde sensation parmi les publicistes, ce code dut naturellement s'empreindre des principes de cet auteur. On le trouve plusieurs fois cité dans les rapports officiels du conseil d'État. Sa théorie revit tout entière dans ces lignes de M. Target : « Il est certain que la peine n'est pas une vengeance : cette triste jouissance des âmes basses et cruelles n'entre pour rien dans la raison des lois. C'est la nécessité de la peine qui la rend légitime. Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le dernier but de la loi ; mais que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est d'une haute importance. Après le plus détestable forfait, s'il pouvait être sûr qu'aucun crime ne fût désormais à craindre, la punition du dernier des coupables serait une barbarie sans fruit, et l'on ose dire qu'elle passe-

[1] Les traités de législation civile et pénale de Bentham ont été publiés en 1802 par M. Dumont; la Théorie des peines et des récompenses n'a été publiée qu'en 1811 par le même publiciste; enfin, le Traité des preuves judiciaires n'a paru qu'en 1823. *Voyez* les préfaces de M. Dumont.

rait le pouvoir de la loi. La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent, que sur les dangers qu'ils entraînent [1]. »

C'est donc à l'école des utilitaires qu'appartiennent les rédacteurs du code pénal de 1810. Ils mesurent la peine sur le danger et non sur la moralité des actes qu'ils incriminent. Ils font, en thèse générale, abstraction de cette loi morale que révèle la conscience, et qui distingue parmi les actions humaines celles qui sont licites, celles qui sont défendues. La nécessité de la peine, c'est la règle principale des incriminations du code pénal.

Cependant d'un principe rigoureux on peut ne pas tirer toutes les conséquences extrêmes. Les rédacteurs du code, en se rangeant sous la bannière de l'école utilitaire, n'ont point prétendu suivre par une logique sévère le principe de l'intérêt dans toutes les applications ; à côté de ce principe on voit même surgir parfois une pensée de moralité. « L'on n'a pas oublié, disait M. Berlier, que des lois qui statuent sur tout ce que les hommes ont de plus cher, la vie et l'honneur, ne doivent effrayer que les pervers, but qui serait manqué si elles imprimaient trop légèrement le caractère de crime à des actes qui ne sont pas essentiellement criminels. L'on a soigneusement cherché à établir de justes proportions entre les peines et les délits [2]. »

Ces paroles révèlent en quelque sorte un principe moral dans la pensée du législateur. Il est vrai que ce principe fléchit et s'efface toutes les fois que les besoins réels ou prétendus de la société sont mis en avant ; le législateur est préoccupé des périls de l'ordre social ; il ne s'attache que secondairement à peser la valeur intrinsèque des actes qu'il frappe de ses peines. Mais l'application même secondaire de ce principe de justice doit être mise en lumière ; on croirait vainement connaître l'esprit de la loi si on en faisait abstraction ; nous

[1] Observations de M. Target sur le code pénal. Locré, t. 29, p. 8.

[2] Exposé des motifs du tit. 1 du liv. 3 du code pénal. Locré, tom. 29, p. 422.

aurons plus d'une occasion de remarquer des incriminations qui reposent sur une saine appréciation du juste et de l'injuste.

En général, le code pénal de 1810 nous paraît avoir été jugé avec trop de sévérité. L'excessive élévation de ses pénalités a surtout frappé les regards, et l'on en a déduit une réprobation générale. Il faut distinguer : l'échelle pénale, aujourd'hui refaite, quoique d'une manière incomplète, était en effet empreinte d'une barbare exagération, et les réclamations qui se sont élevées à ce sujet étaient l'expression de la conscience publique, qui cherchait vainement une juste proportion entre les châtiments et les délits. Mais le système des incriminations, quelque défectueux qu'il soit, ne méritait peut-être point les mêmes reproches, et les peines trouvent généralement (à quelques exceptions près) une base légitime dans le caractère immoral des actes qui sont compris dans la catégorie des délits. Le projet du code était conçu dans nn esprit plus doux, plus modéré. On suit facilement dans les discussions du conseil d'État les déviations que ce principe de modération a éprouvées. Chaque crime, chaque délit, successivement analysé dans ses éléments et ses effets, excitait ce sentiment d'indignation et de crainte qui conduit à l'exagération des peines. C'est dans ce sens qu'on peut dire avec justesse que les rédacteurs du code se sont bien moins occupés de combiner une répression suffisante pour la sûreté publique, que de compenser l'horreur du crime par l'horreur du châtiment.

12. La réforme de cette législation était devenue un besoin public. La marche progressive des idées libérales, l'adoucissement des mœurs, les discussions philosophiques avaient amené les esprits à réclamer énergiquement des améliorations dans le système pénal. Cette idée était descendue dans les mœurs; l'application journalière de la doctrine de l'omnipotence en était l'expression. Le jury protestait contre l'exagération des peines, et s'était attribué le pouvoir de les proportionner aux délits.

Le législateur n'a pu méconnaître ce grave symptôme d'un besoin social, car la législation doit s'appuyer sur les mœurs publiques, et les peines doivent être proportionnées non-seulement aux crimes,

mais encore aux mœurs et à la civilisation. Ainsi les peines ne doivent pas être les mêmes chez un peuple barbare et chez un peuple policé, parce que là la crainte est le seul frein des actions, et qu'ici les lumières, la morale et la religion en sont les utiles auxiliaires. En général, c'est par la législation criminelle d'une nation qu'on peut juger du degré de civilisation auquel elle est parvenue, et de la tendance morale de son gouvernement. « Il serait aisé de prouver, dit Montesquieu [1], que dans tous ou presque tous les États de l'Europe, les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté. » Enfin la civilisation progressive de la société, en adoucissant les mœurs, en amollissant les hommes, les rend plus sensibles aux souffrances de la peine; les peines peuvent dès lors diminuer à mesure des progrès de l'intelligence et de l'industrie; la punition reste la même.

La loi du 28 avril 1832 a eu pour but de répondre à ce vœu général. C'est la troisième révolution que notre législation voit s'accomplir dans son sein depuis quarante ans; car nous ne donnerons pas le nom de réforme aux modifications timides que la loi du 25 juin 1824 n'avait introduites qu'avec une espèce de regret. Nous avons à fixer le caractère et l'esprit de cette révision, et les limites dans lesquelles elle s'est exercée.

13. Dirigé par une pensée d'humanité, le législateur de 1832 n'a semblé frappé que de l'exagération de l'échelle pénale; il a borné sa mission à rétablir plus de proportion entre les peines et les délits. Au lieu de remonter au principe, il s'est contenté d'en corriger les applications; au lieu de dominer le système de la loi qu'il voulait reviser, il l'a suivi dans ses diverses conséquences : négligeant à peu près le système des incriminations, il lui a suffi de modérer les peines. Cette tâche était peut-être la seule qu'il fût possible d'accomplir à cette époque d'inquiétudes politiques. On doit en recueillir le travail avec reconnaissance; c'est un pas dans une voie progressive, dans une carrière nouvelle. Mais on se tromperait sans doute si on

[1] Esprit des lois, liv. 12.

voulait y voir un code nouveau substitué à l'ancien, le règne d'un autre système, la consécration d'une pensée nouvelle et complète.

Les paroles de l'exposé des motifs, ces paroles qui font partie de la loi elle-même, en révèlent l'esprit et la tendance.

« Sans doute, disait cet exposé, pour préparer et mettre à fin un si important travail, le courage n'aurait manqué ni au gouvernement ni aux chambres; néanmoins on ne saurait se dissimuler qu'en s'imposant la tâche de reviser les 484 articles du code pénal, et des lois accessoires beaucoup plus nombreuses encore, on risquerait de retarder plus qu'on ne doit des améliorations dont la plupart présentent un caractère d'urgence incontestable. On a préféré pourvoir au plus pressé. C'est aux préparations de la science, aux méditations journalières du gouvernement et de la magistrature, qu'il faut demander une refonte générale de la législation. Il est beaucoup de besoins auxquels on peut satisfaire dès aujourd'hui, et que le bon sens public a suffisamment mûris pour que l'humanité en tire profit immédiatement. Nous ne nous sommes pas livrés, je le répète, à une révision générale de nos lois pénales, mais nous avons reconnu qu'il était urgent d'effacer de nos codes des cruautés inutiles. L'humanité les repoussait, et un besoin impérieux de protection pour les intérêts légitimes de la société ne les rendait pas indispensables. Toutefois l'expérience nous a fourni ses utiles renseignements pour nous défendre contre un entraînement généreux, et nous avons procédé avec une prudence qui ne compromet pas le présent, et qui nous permettra d'attendre, sur plusieurs points, les leçons de l'avenir. »

Il nous est impossible de ne pas rappeler également les termes dont s'est servi le rapporteur de la commission de la chambre des députés : « Votre commission a jugé utile de déterminer d'abord le véritable caractère de la révision qui vous est proposée : elle est et doit être incomplète. Ce sera notre réponse à ceux qui auraient souhaité une refonte dans nos lois pénales; ce travail ne serait pas seulement immense, il serait provisoire. Qu'importe que le législateur refasse avec plus ou moins d'art le système de l'incrimination, quand la pénalité dont il dispose est vicieuse et appelle des changements

prochains, mais peu connus encore et peu éprouvés? Ce sera aussi notre réponse à ceux qui auraient souhaité une réforme plus large et plus profonde. Donnons aux châtiments inférieurs plus d'efficacité et d'énergie, avant de renoncer aux peines supérieures. Élevons autour de l'ordre social un rempart nouveau et durable, avant de renverser la vieille barrière qui l'a protégé si longtemps. »

Il était important de constater par les paroles mêmes du législateur le caractère incomplet de la réforme qu'il opérait. Il en résulte jusqu'à l'évidence qu'il a limité lui-même sa mission à la correction, à l'atténuation des peines; il n'a pas voulu toucher aux principes. Les principes et les motifs de l'ancien code pénal se réfléchissent donc encore sur le nouveau, bien que tempérés dans leur logique application et leur rigueur primitive. Vainement, en effet, on chercherait dans les discours des divers orateurs [1] qui ont expliqué la loi, le principe d'un système nouveau : ce que ses auteurs demandent à la peine, ce n'est pas la réparation morale du délit, c'est d'être préventive, c'est l'intimidation; la terreur est presque le seul objet de la punition. Ils puisent toujours le droit de punir dans un principe matériel, dans l'utilité sociale; de même que, dans le système de M. Target, c'est la seule nécessité de la peine qui la rend légitime.

Cependant, on doit le reconnaître en même temps, cette nécessité de la peine n'est plus celle que le despotisme avait pu juger convenable au soutien de son pouvoir; et de là la différence dans l'évaluation des peines, et la distinction introduite dans quelques incriminations. Celle-ci part du même principe; mais les mœurs et la liberté en ont restreint une arbitraire application, mais elles l'appliquent en général aux véritables besoins de la société. Cette différence entre les deux législations se manifeste surtout dans l'incrimination du complot et de l'attentat.

Au reste, ce qui sépare le nouveau code du premier, ce qui trace entre eux une large distance, c'est la pensée d'humanité qui a dicté ses modifications : si cette pensée n'a point changé le principe du

[1] *Voyez* Code pénal progressif.

code, si elle s'est bornée à en corriger les applications, elle a imprimé, on ne peut le nier, à ses dispositions un esprit nouveau et que l'interprétation ne saurait négliger; c'est une tendance vers une application paternelle. Ce sentiment d'humanité n'est point descendu de la théorie; il est arrivé de plein saut dans les détails pratiques; on ne s'est point occupé s'il était en harmonie avec les principes; les principes sont restés debout parce que peut-être ils se trouvaient là: il a paru suffire de leur enlever leurs conséquences les plus acerbes.

14. Il faut nous résumer : le code pénal a été rédigé sous l'empire du système utilitaire, et de là l'exagération de ses peines. La révision qu'il a subie n'a eu ni pour but ni pour effet de lui imprimer un nouveau principe, de le placer sous la règle d'un autre système pénal; mais la conséquence implicite de cette révision a été l'accession secondaire d'un principe moral qui se manifeste par l'atténuation des peines, par une plus juste proportion entre les délits et les châtiments. C'est donc encore dans le principe utilitaire qu'il faut chercher la source des incriminations du code; mais il faut en tempérer les rigoureuses déductions en les conciliant avec la pensée de moralité qui plane, timide encore, sur ses dispositions. Enfin un sentiment d'humanité y a déposé un germe nouveau. Le principe subsiste, mais presque nominal, et dépouillé de la plus grande partie de son autorité : la certitude, mais la douceur des châtiments, voilà le véritable esprit de la loi nouvelle; c'est la règle qui doit servir à l'interpréter [1].

15. Nous sommes en présence de l'art. 1er du code pénal, et les réflexions qui précèdent vont déjà nous aider à en saisir le véritable sens. On a adressé de graves reproches à la définition qu'il renferme; quelques publicistes y ont vu l'expression de tout un système, système insultant pour l'intelligence et la conscience de l'homme. Il faut en rappeler le texte.

« Art. 1. L'infraction que les lois punissent des peines de police est une *contravention*. L'infraction que les lois punissent des peines

[1] *Voyez* le rapport de M. Dumont.

correctionnelles est un *délit*. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un *crime*. »

Un publiciste a écrit à ce sujet : « La division des actes punissables en crimes, délits et contraventions, division tirée du fait matériel et arbitraire de la peine, révèle à elle seule, ce nous semble, l'esprit du code et du législateur. C'est dire au public : Ne vous embarrassez pas d'examiner la nature intrinsèque des actions humaines ; regardez le pouvoir : fait-il couper la tête à un homme, concluez-en que cet homme est un grand scélérat. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du code entier par la lecture de l'article 1er [1]. »

Il nous est impossible de ne pas trouver quelque exagération dans ces réflexions. Il n'est pas besoin d'une étude bien approfondie du code pénal pour se convaincre que la division dont il s'agit est d'ordre plutôt que de principe [2]. En effet, les définitions qu'il pose, il ne tarde pas à les mettre lui-même bientôt de côté. C'est ainsi que nous pourrions citer un grand nombre de faits, tels que les associations non autorisées, les infractions aux règles sur les inhumations, les maisons de jeu, qui n'ont évidemment que le caractère des contraventions, quoiqu'ils soient classés parmi les délits. Assurément le législateur n'a point prétendu imprimer à ces infractions le caractère moral du délit ; rien ne peut même faire supposer qu'il en ait eu la pensée ; ce qu'il a voulu, c'est poser, ainsi qu'on l'a déjà dit, une règle d'ordre, un principe générateur de la compétence. Ecoutez M. Treilhard : « Le premier de ces articles définit les expressions de crime, délit, contravention, trop souvent confondues et employées indifféremment. Désormais le mot *Crime* désignera les attentats contre la

[1] M. Rossi, Traité du droit pénal, t. 1, p. 54.

[2] C'est aussi l'opinion exprimée par le garde des sceaux, à la tribune de la chambre des pairs, dans la séance du 9 avril 1834, lors de la discussion de la loi sur les associations. *Voyez* le Journal du Droit criminel, 1834, p. 143.

société *qui doivent occuper les cours criminelles*. Le mot *Délit* sera affecté aux désordres moins graves *qui sont du ressort de la police correctionnelle;* enfin le mot *Contravention* s'appliquera aux fautes *contre la simple police*[1]. »

La définition de l'art. 1er a donc eu pour seul but d'indiquer la compétence d'après la nature de la peine à laquelle l'accusation peut donner lieu; c'est là le seul principe qu'il ait voulu poser; c'est une méthode, une règle d'application ; ce n'est point une théorie.

Si l'on jette un coup d'œil sur la législation générale, cette explication revêtira le caractère de la certitude. En effet, les contraventions en matière de presse, de librairie, d'impôts indirects, d'eaux et forêts, sont exclusivement attribuées à la juridiction correctionnelle ; et cependant le législateur a-t-il voulu élever ces contraventions au rang des délits? Loin de là, il les proclame lui-même des contraventions matérielles. C'est parce que le fait d'une association illicite ne constitue qu'une simple contravention, que la loi du 10 avril 1834 en déférait le jugement aux tribunaux correctionnels. Par le mot *délit*, dans l'art. 1er du code pénal, le législateur n'a donc point entendu un délit exclusivement moral, mais un fait passible d'une peine que les tribunaux correctionnels seuls peuvent prononcer.

Il ne faut donc pas légèrement flétrir une législation sur la foi de quelques-uns de ses termes ; et, en adoptant même l'idée hypothétique que nous avons rappelée, faudrait-il en tirer les conséquences qu'on en a déduites? Sans doute le législateur ne doit pas puiser le caractère du fait dans la mesure arbitraire et matérielle de la peine; mais ne peut-il pas commencer par mesurer cette peine sur la valeur intrinsèque des actions? ne lui serait-il pas permis alors de la prendre pour base de ses divisions? Et comment, dans ce cas, pourriez-vous juger, à l'ouverture du code et sur cette simple division, de l'esprit du code entier?

16. Cependant la division des actions tracée par l'art. 1er n'est pas à l'abri de toute critique.

[1] Exposé des motifs, Locré, t. 29, p. 202.

Parmi les actions punissables, il n'existe qu'une seule division qui soit vraie, parce qu'elle est puisée dans leur nature. En effet, les unes prennent leur criminalité dans la moralité du fait, dans l'intention de l'agent : on les appelle crimes ou délits. Les autres ne sont que des infractions matérielles à des prohibitions ou à des prescriptions de la loi; elles existent par le seul fait de la perpétration ou de l'omission, et indépendamment de l'intention de l'agent : ce sont les contraventions. Voilà la division la plus naturelle des actions punissables; elle est à l'abri de l'arbitraire et du caprice des législateurs, car les législateurs ne sauraient modifier le caractère des faits.

On la retrouve à peu près dans plusieurs codes étrangers. Nous citerons le code pénal d'Autriche, qui ne divise les offenses qu'en deux classes : les *délits* et les *graves infractions de police* [1]. Nous citerons encore le projet de code pénal de la Louisiane, de M. Livingston, qui a adopté une division à peu près semblable; il sépare les offenses en deux catégories, les crimes et les infractions [2].

Le droit romain avait divisé les crimes en capitaux et non capitaux [3]. De là les divisions proposées, par les anciens criminalistes, en *atroces* et *légers*, *simples* et *qualifiés*, *directs* et *indirects* [4]. De là la division du code pénal en crimes et délits. Le premier inconvénient de cette classification, c'est d'être évidemment arbitraire. Car qui posera la borne où cesse le délit, où commence le crime? Quelle est la circonstance qui ôtera subitement ou restituera à un fait le caractère de crime? Les faits qualifiés crimes ou délits étant de la même nature, reposant également sur une infraction morale, il ne s'agit que du plus ou du moins, que d'un degré dans le péril de l'action ou son immoralité. Nous eussions préféré la dénomination de délits *graves* ou

[1] Code pénal général d'Autriche, traduit par M. Victor Foucher, art. 2 et suiv.

[2] By the first division, all. offences are either crimes or misdemeanors, art. 76. Code of crimes and punishments.

[3] § 2, Instit. de publ. jud., t. 2, ff. eod. tit.

[4] Muyart de Vouglans, tit. 1, par. 12.

légers : au moins le genre est le même ; la spécification seule les distingue.

S'il fallait une preuve du caractère identique qui lie ensemble les crimes et les délits, nous la trouverions dans ce fait, que le législateur n'a pu les classer dans deux livres distincts, comme il l'a fait à l'égard des contraventions. Le code pénal de 1791 avait tenté cette division : elle était impossible. Un fait parfaitement identique, s'il est considéré sans acception de personnes, peut changer de classe selon, par exemple, qu'il a été commis par un fonctionnaire public ou par un simple particulier, ou selon qu'il a été commis contre des magistrats ou d'autres personnes. Comment disséminer dans différents titres des faits de même nature quoique d'une intensité différente? Pourquoi le même chapitre n'embrasserait-il pas le faux commis dans un testament et celui commis dans un passe-port? Ce qu'il importe, c'est que les infractions soient punies en raison de leur gravité ; mais il est utile qu'on puisse embrasser du même coup d'œil tous les délits de la même nature. Le code pénal n'a donc fait que céder à la force des choses en réunissant des faits dont les rapports étaient visibles ; et qui tendaient à se confondre. Son tort a été d'essayer d'élever entre les mêmes faits une barrière factice qui n'a d'autre fondement qu'une arbitraire volonté.

17. L'art. 1er du code pénal a une assez grande importance dans l'application, par cela même qu'il détermine le caractère du fait d'après la nature de la peine infligée. Il en résulte cette heureuse conséquence, que les faits poursuivis prennent leur véritable caractère dans la condamnation dont ils sont l'objet ; ainsi le fait que le ministère public poursuit comme crime ou comme délit, et qui est reconnu aux débats n'avoir d'autre caractère que celui d'un délit ou d'une contravention, est considéré comme n'ayant jamais eu que ce dernier caractère : ce principe a reçu une féconde application dans les matières de récidive, de prescription, ou d'excuse à raison de l'âge [1].

Un autre corollaire du même principe, c'est qu'aucune action ne

[1] *Voyez* nos chapitres 7 et 10.

peut être poursuivie si elle n'a pas les caractères d'un crime, d'un délit ou d'une contravention. Nous aurons plus d'une occasion d'appliquer cette règle élémentaire, qui va d'ailleurs recevoir son développement dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III.

DE L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE.

18. Nous continuons l'examen des dispositions préliminaires du code.

Il est de principe que la loi n'est exécutoire que du jour où la promulgation est réputée connue [1]; cette règle, qui, dans la législation actuelle, ne reçoit qu'une insuffisante application [2], est en elle-même hors de toute atteinte. Or sa conséquence nécessaire est que la loi ne peut avoir d'effet rétroactif : c'est la disposition textuelle de l'article 2 du code Napoléon. « Si les lois pouvaient rétroargir, a dit M. Toullier [3], il n'y aurait plus ni sûreté ni liberté. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne défend pas. On regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Il est impossible aux citoyens

[1] Art. 1 du code civil.
[2] Ordonn. du 27 nov. 1816.
[3] Droit civil français, t. 1, p. 76.

de prévoir qu'une action innocente aujourd'hui sera défendue demain.»

Tel est aussi le principe que le code pénal a consacré par son article 4, ainsi conçu : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. »

« Cet article, a dit M. Treilhard, retrace une maxime que l'on peut regarder comme la plus forte garantie de la tranquillité des citoyens. Un citoyen ne peut être puni que d'une peine légale. Il ne doit pas être laissé dans l'incertitude sur ce qui est ou n'est pas punissable; il ne peut être poursuivi pour un acte qu'il a pu, de bonne foi, supposer au moins indifférent, puisque la loi n'y attachait aucune peine. »

19. Voilà l'esprit de l'article 4. On doit en déduire cette règle tutélaire, qu'aucune condamnation ne peut être prononcée, aucune peine infligée, si elle ne s'appuie sur un texte précis de la loi. Il faut même que ce texte soit clair, transparent, de sorte que le citoyen le moins instruit puisse en saisir la prescription. Car, s'il n'a pu comprendre la défense, comment avec justice pourriez-vous lui appliquer la peine? Si la prohibition était environnée d'ambiguïtés, où serait sa faute de ne l'avoir point aperçue?

On doit donc surtout rejeter sans hésitation, en matière pénale, ces interprétations tirées soit d'analogies plus ou moins exactes, soit de rapprochements, soit de déductions plus ou moins ingénieuses; on doit répudier l'application de ces lois pénales, dont l'existence est une question parmi les jurisconsultes, à demi vivantes, à demi abrogées par les lois postérieures ou par désuétude [1]. Comment le délinquant aurait-il connu la peine, lorsque les criminalistes eux-mêmes en controversent la vitalité? Les citoyens seront-ils punis pour avoir embrassé telle face de cette controverse? Seront-ils astreints à parcourir toutes les séries du Bulletin des Lois, pour s'assurer quelles

[1] Nous aurons plus d'une occasion, dans le cours de cet ouvrage, d'appliquer ce principe aux peines prononcées par décrets ou ordonnances ou exhumées d'anciens édits.

dispositions sont éteintes, quelles dispositions peuvent se rallumer au flambeau de l'interprétation? Cette tâche et cette étude appartiennent aux jurisconsultes; elles ne doivent pas être imposées aux citoyens. Les devoirs que le législateur prescrit doivent être tracés avec clarté par des lois vivantes, dans des textes précis et accessibles à tous les esprits. Toute incertitude sur la force obligatoire de la loi pénale, toute ambiguïté dans ses dispositions, doivent se résoudre en faveur du prévenu, car une prohibition indécise et douteuse n'est point une raison suffisante de s'abstenir. C'est au législateur à se faire comprendre, s'il veut être obéi[1].

20. [[Il paraît utile d'insister sur cette règle fondamentale, qui sera souvent invoquée dans le cours de ce livre.

Toute loi pénale est composée de prohibitions et de préceptes : le législateur, au lieu de se borner, comme dans la loi civile, à apprécier les rapports des citoyens entre eux, prévoit leurs rapports avec la société, avec l'Etat; il apprécie leurs actes; il définit ceux qu'il considère comme illicites et dangereux; il les défend et les punit. Or n'est-il pas de la nature de toute défense de se renfermer strictement dans ses termes? Est-ce que, à la limite où elle expire, il n'y a pas un droit qui commence? Il importe peu que l'acte commis sur cette limite participe, sous quelque rapport, de l'acte prohibé; il n'est pas défendu de se placer hors des termes précis de la prohibition en évitant l'une des circonstances qui la rendent applicable : *Non omne quod licet honestum est, licet tamen.* Tout acte qui n'est pas formellement interdit est nécessairement permis. Là où s'arrêtent la sollicitude et la prévoyance de la loi, il y a lieu de présumer que là s'arrête le péril social, et qu'en exagérant par zèle le péril social, on tomberait

[1] *Voyez* M. Carnot, Code pénal, t. 1, p. 21. — Ce principe a reçu une consécration remarquable dans l'art. 8 de la loi du 8 juin 1850, sur la déportation. Bien que cette loi, en ce qui concerne les déportés simples, n'ait fait que désigner le lieu d'une déportation déjà prononcée par l'art. 17 du C. pénal, elle a eu soin de déclarer en termes formels : « La présente loi n'est applicable qu'aux crimes commis postérieurement à sa promulgation. »

dans un autre péril. La loi pénale, nous l'avons déjà dit, ne punit pas tous les faits immoraux; elle ne frappe que ceux qui peuvent causer un trouble social ou constituer une atteinte grave à la sécurité publique. En allant plus loin, en incriminant l'immoralité dans tous les actes où elle se révèle, elle jetterait la perturbation dans la société au lieu de la servir, car elle paralyserait toutes les transactions civiles et toutes les relations sociales.

Ensuite, ce n'est pas seulement à raison de son caractère prohibitif, à raison de sa compétence exclusive pour poser l'utilité sociale de la peine, que la loi pénale ne peut être étendue au delà de ses termes; c'est encore parce qu'elle crée des devoirs et des obligations : chacun de ses préceptes est une règle de conduite pour les citoyens; ils y trouvent la distinction des actes licites et de ceux qui ne le sont pas; ils sont tenus de conformer leurs actions à ses dispositions. Or cette obligation ne suppose-t-elle pas un texte clair et précis? Comment seraient-ils liés par une prohibition qui ne s'expliquerait pas nettement? Comment seraient-ils tenus de s'abstenir d'un acte qui ne serait ni défini ni déterminé? Comment seraient-ils punis à raison d'un fait qu'ils ont pu croire légitime? Il ne faut pas confondre les devoirs qui dérivent de la conscience et ceux qui dérivent de la loi : ceux-ci, ayant la loi pour unique fondement, sont étroitement enfermés dans les textes qui les établissent; en dehors de ces textes, ils n'ont plus d'appui, ils n'existent pas.

Il est donc impossible de suppléer à la loi pénale comme à la loi civile, à l'aide de l'équité et de l'usage, à l'aide des analogies et des inductions. Ici tout est de droit strict : la prohibition existe ou n'existe pas, l'acte est défendu ou ne l'est pas. Si la loi est muette ou ambiguë, comment suppléer à son texte par une interprétation scientifique? Cette interprétation peut-elle compléter une lacune de la loi, quand il s'agit d'apprécier les actes que la société a intérêt à punir? Et puis, si les citoyens ont l'obligation de connaître la loi, ils n'ont pas celle de l'étudier comme des légistes, ils ne sont pas tenus d'en commenter les termes, d'en comparer les dispositions diverses, d'en rechercher péniblement l'esprit pour découvrir la règle de leurs

actions. Toute interprétation qui n'est pas claire aux yeux de tous doit être rejetée; car, en matière pénale, ce n'est pas, à proprement parler, le juge qui doit interpréter, c'est le justiciable qui doit régler ses actes sur les textes de la loi. Si la loi contient une lacune, comment serait-il coupable de n'avoir pas vu ce qui n'y était pas [1]?]]

21. Le principe conservateur de la non-rétroactivité reçoit deux exceptions que les lois et la jurisprudence ont introduites.

La première est favorable aux prévenus. Elle permet à la loi pénale, nouvellement promulguée, de se retourner en arrière et de saisir les prévenus de faits commis avant sa promulgation, dans le cas où les peines qu'elle porte seraient plus douces que les anciennes. La théorie de cette exception s'explique aisément : lorsque le pouvoir social juge que les peines dont la loi est armée sont trop sévères, lorsqu'il pense que la conservation de l'ordre social n'est pas intéressée à les maintenir, lorsqu'il désarme en un mot, il ne pourrait, sans une étrange inconséquence, continuer à appliquer, même à des faits antérieurs à ses nouvelles prescriptions, mais non encore jugés, des peines qu'il proclame lui-même inutiles et trop rigoureuses. Ce n'est donc pas une sorte de faveur, comme quelques écrivains l'ont dit, mais un strict principe de justice qui justifie cette exception ; car il serait d'une souveraine injustice d'appliquer des peines qu'au même instant on déclare surabondantes ou d'une sévérité excessive.

On trouve les premières traces de cette règle dans le dernier article du code pénal de 1791 : d'après cette disposition, tout fait antérieur à la publication de ce code ne pouvait donner lieu à aucunes poursuites, si le fait qualifié crime par la loi ancienne ne l'était pas par la loi nouvelle, ou s'il se trouvait pour la première fois incriminé par cette dernière loi [2].

[1] *Voyez*, pour le développement de ce principe, Revue de législation, 1854, t. 1, p. 97.

[2] Voici le texte de cet article : « Pour tout fait antérieur à la publication » du présent code, si le fait est qualifié crime par les lois actuellement exis- » tantes, et qu'il ne le soit pas par le présent décret; ou si le fait est qua-

Le conseil d'Etat recueillit ce germe dans un avis du 29 prairial an VII. Il s'agissait de savoir si les délits prévus par la loi du 29 nivôse an VII, non encore jugés, mais commis pendant l'existence de cette loi alors abrogée, devaient subir les peines qu'elle prononçait, ou celles plus douces du code pénal. Le conseil d'Etat décida que le code pénal était seul applicable, parce que « il est de principe, en » matière criminelle, qu'il faut toujours adopter l'opinion la plus » favorable à l'humanité comme à l'innocence. »

On retrouve plus tard ce principe dans un arrêté de la consulte extraordinaire des Etats romains, du 19 juillet 1809, portant, article 3 : « Pour tout fait antérieur à la publication du présent arrêté, on appliquera, au cas de condamnation, celle des deux lois, ancienne ou nouvelle, qui sera la plus favorable au prévenu. »

Enfin le décret du 23 juillet 1810, relatif à la publication des codes criminels, le formula avec non moins d'énergie en ces termes : « Si la nature de la peine prononcée par notre nouveau Code pénal était moins forte que celle prononcée par le code actuel, les cours et tribunaux appliqueront les peines du nouveau code. »

Voilà la législation. De nombreux arrêts l'ont appliquée à la suite de la promulgation du code pénal. Leurs décisions se résument presque uniformément en ces termes, que, lorsque le crime commis sous l'empire du code de 1791 est jugé sous celui de 1810, les juges doivent combiner les dispositions de ces deux codes, pour appliquer à l'accusé les peines les plus douces [1]. Il serait inutile d'en rappeler les espèces. Cependant deux de ces arrêts ont jugé des questions particulières qui présentent quelque intérêt.

L'outrage fait à un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions était puni de la peine infamante de deux ans de détention par le code de 1791 (article 7, 4e sect., tit. 1, 2e partie) ; le code

» lifié crime par le présent code, et qu'il ne le soit pas par les lois existantes, » l'accusé sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni, s'il y échoit. »

[1] Arr. cass. 27 fév., 20 mars, 16 juil. 1812 (Bull. off., p. 74, 114 et 319) ; 19 fév. 1813 (Bull. off., p. 79).

pénal n'a frappé le même fait que d'une peine d'emprisonnement de 2 à 5 ans. La question a été soulevée de savoir laquelle de ces deux peines était la moins forte, pour l'appliquer à un fait antérieur au code pénal. La cour de cassation a jugé, et suivant nous avec raison, que la peine d'emprisonnement, quoique d'une durée facultative plus longue, devait seule être appliquée [2]. C'est en effet la nature des peines, plus que leur durée, qui doit en faire graduer la gravité; entre une peine correctionnelle et une peine infamante, le choix ne devait donc pas être douteux.

Une difficulté plus sérieuse s'était élevée au sujet de l'application du code pénal dans les Etats romains. Antérieurement à sa promulgation, le code de 1791 y avait été publié; or il advint qu'un meurtre commis sous les lois du pays se présenta pour être jugé sous l'empire du code pénal. Les lois en vigueur au moment de la perpétration portaient la mort; le code de 1791, qui avait été publié durant l'instruction, ne portait que 20 ans de fers; enfin le code pénal infligeait à ce crime les travaux forcés à perpétuité. Il fallait opter entre ces trois peines : la cour de cassation déclara qu'il suffisait que, dans l'intervalle d'un délit au jugement, il eût existé une nouvelle loi pénale plus douce que celles qui existaient soit au moment du délit, soit à l'époque du jugement, pour que cette loi dût seule être appliquée [1]; en conséquence, l'accusé n'eut à subir que 20 ans de fers. La raison de cette décision est qu'il y a droit acquis pour le prévenu, dès qu'une peine plus douce a remplacé celle plus sévère qui le menaçait. On ne peut plus lui appliquer la première, d'après la règle même que nous développons ici. On ne saurait non plus lui faire l'application d'une loi postérieure plus rigoureuse que la seconde, parce que ce serait lui imprimer un effet rétroactif.

Les modifications que la législation a éprouvées en 1832 devaient donner lieu à peu de questions de cette nature, puisque les peines du nouveau code sont généralement plus douces que celles de l'an-

[1] Arr. cass. 26 juill. 1811 (Bull., p. 216.)
[2] Arr. 1 oct. 1813 (Bull., p. 519); 13 fév. 1814 (Sirey, 15-1-592).

cien. Cependant la cour de cassation a décidé, par arrêt du 18 janvier 1833, et toujours d'après les mêmes principes, que le prévenu d'un délit de détérioration d'un chemin public, commis avant le nouveau code, et puni par le code rural d'une amende de 24 fr., qui le rendait justiciable de la police correctionnelle, devait être renvoyé devant le tribunal de police, en lui appliquant l'article 479, n° 11, du code pénal [1].

22. Une question assez délicate a surgi depuis la même époque. Il s'agissait de savoir, lorsque depuis la perpétration d'un délit, et avant qu'il ait été jugé, une loi nouvelle abaisse le *maximum* de la peine applicable, mais en élevant à la fois son *minimum*, laquelle de ces deux législations doit être appliquée au prévenu. Le fait poursuivi, dans cette espèce, était une usurpation sur la largeur des chemins, punissable d'une amende qui ne pouvait être moindre de 3 livres, ni excéder 24 livres, d'après l'article 40 de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, et d'une amende de 11 à 15 fr., d'après l'article 479, n° 11, du code pénal. Un arrêtiste a pensé qu'il fallait combiner les deux lois en faveur du prévenu, de manière à lui conserver le *minimum* de la loi abrogée, tout en le faisant jouir du *maximum* abaissé de la loi nouvelle [2].

Un pareil système ne pourrait être admis. En effet on conçoit que celui qui a commis un délit sous l'empire d'une loi depuis abrogée, puisse profiter des dispositions plus douces de la loi nouvelle, lorsqu'il est jugé après sa promulgation; on conçoit également que, si la loi abrogée était moins rigoureuse, il puisse en réclamer le bénéfice, puisque c'était la seule qui fût connue au moment de la perpétration du délit. Mais il n'existe, il ne peut exister aucune raison de rendre la condition de ce prévenu plus favorable que ne l'ont faite l'une ou l'autre des deux législations.

Tout ce qu'il peut réclamer, c'est l'application de la loi la plus douce. Aller au delà et dépouiller les deux législations de leurs dis-

[1] Journ. du dr. crim., 1833, p. 63.

[2] Dalloz, Rec. pér. 1833, p. 162, 1re partie.

positions les plus sévères pour en composer une loi mixte pour lui seul, ce serait absurde, puisqu'il n'a aucun droit quelconque à un tel privilége. Et comment qualifier cette combinaison étrange de deux lois pénales, cette pénalité formée du *maximum* de l'une et du *minimum* de l'autre, cette disposition qui n'appartiendrait à aucune législation, qui serait en dehors de tous les systèmes? La faveur due au prévenu, les lois de l'humanité ne sont point de vains mots; mais les principes tutélaires qui ont motivé l'effet rétroactif des lois pénales lorsque le prévenu y est intéressé, ne peuvent justifier une dérogation formelle à ces lois elles-mêmes. Évidemment la seule faculté que, dans l'espèce proposée, le prévenu pût réclamer, c'était l'option entre les deux lois, c'était le choix de celle suivant laquelle il désirait être jugé. Il importait peu ensuite que les dispositions des deux législations fussent comparées d'après telle ou telle base pour lui être appliquées; car il aurait toujours eu le droit de répudier cette application, si elle lui portait quelque préjudice. Cependant nous croyons que ce n'est ni par leur *maximum*, ni par leur *minimum* exclusivement, que cette comparaison doit être faite, puisque, d'après le système des articles 463 et 483 du code pénal, les peines ont un maximum purement nominal et sont presque indéfiniment réductibles: il est plus simple de prendre pour base du rapprochement le caractère même du fait, lorsque ce caractère n'est pas identique dans les deux lois successives. Ainsi, dans l'espèce, c'est moins parce que le taux de l'amende avait été réduit, que parce que le fait d'usurpation de délit correctionnel était devenu une contravention de simple police, que nous pensons que la législation nouvelle était seule applicable au prévenu.

Nous ne devons pas omettre de mentionner, en terminant sur ce point, que la même difficulté s'est encore soulevée depuis la loi du 28 avril 1832, à l'occasion de l'application de la surveillance aux individus condamnés antérieurement à cette loi. Un avis du conseil d'État, du 7 novembre 1832, a décidé que le nouveau mode d'exécution de cette peine s'appliquait à ces condamnés, en exceptant toutefois ceux qui réclameraient la faculté de jouir du bénéfice de

leur cautionnement. Il est à remarquer qu'ici il y avait chose jugée à l'égard de ces condamnés; mais il s'agissait du mode d'exécution de la peine, plutôt que d'une peine nouvelle, et il eût été bien rigoureux de leur appliquer des mesures que le législateur abolissait à raison de leur sévérité même.

23. Nous arrivons à la deuxième exception au principe de la non-rétroactivité. Cette exception a été introduite par la jurisprudence plus que par la loi, à l'égard des lois qui règlent la compétence ou la forme de procéder. La question de savoir quelle est la loi qui doit régir la procédure est très-grave et mérite d'être examinée.

On cite en faveur de la rétroactivité un seul texte, l'article 30 de la loi du 18 pluviôse an IX, relative à l'établissement des tribunaux spéciaux. Cet article dispose simplement qu'à compter du jour de la publication de la loi, tous les détenus pour crimes de la nature de ceux qu'elle mentionne seront jugés par le tribunal spécial [1]. Voilà la seule disposition légale qui ait servi d'appui à la jurisprudence dans la distinction qu'elle a établie entre les lois pénales et les lois de procédure, pour faire rétroagir celles-ci, et ôter au contraire à celles-là tout effet rétroactif; et toutefois cette jurisprudence, fortifiée de loin en loin par des décisions identiques, est demeurée presque invariable, et ne paraît même avoir été l'objet d'aucunes critiques.

Un premier arrêt, à la date du 24 juin 1813, invoque l'autorité de la loi de pluviôse an IX, et déclare que le principe de la non-rétroactivité ne s'applique qu'à la peine, et qu'il ne s'étend pas à la compétence ou à l'instruction. La question se représenta après la loi du 25 mars 1822, qui dépouillait les cours d'assises du jugement des délits de presse, et les transportait aux tribunaux correctionnels et aux cours royales. Nouvel arrêt de la cour de cassation du 10 mai 1822, qui décida de nouveau « que le principe de la non-rétro-

[1] L'art. 5 de la loi du 23 floréal an X, qui donne de nouvelles attributions aux tribunaux spéciaux, déclare applicables aux nouveaux crimes qu'elle leur décerne, les dispositions de la loi du 18 pluviôse an IX.

activité n'est applicable qu'au fond des droits acquis et à la punition des délits antérieurement commis, mais nullement aux règles d'après lesquelles ces droits et ces délits doivent être poursuivis devant les tribunaux. » Cette fois ce principe est donné comme universellement reconnu ; il n'est plus besoin de citer l'article 30 de la loi de pluviôse an IX.

La déclaration de l'état de siége en juin 1832 fit de nouveau surgir cette question. Cette fois elle fut examinée de plus près, et plusieurs tribunaux hésitèrent à adopter la maxime de la cour de cassation ; mais les cours royales de Paris et d'Angers se rangèrent à son système [1] ; et la première de ces cours sanctionna le réquisitoire de M. le procureur général, portant « qu'il faut distinguer, en matière pénale, ce qui constitue le fond ou la pénalité, et ce qui est relatif à la forme ; que le fond est toujours soumis à la loi existante au moment du délit, à moins qu'elle ne soit plus sévère ; tandis que la forme, la procédure et la juridiction dépendent de la loi qui vient d'en investir une autre autorité [2]. »

C'est là tout le système qu'il faut examiner. De ce qui précède déduisons d'abord ce point, que cette distinction ne puise sa source dans aucune loi, car on ne voudrait pas apparemment invoquer aujourd'hui comme autorité la loi du 18 pluviôse an IX. Le législateur qui dépouillait les tribunaux ordinaires, et qui élevait des cours spéciales, pouvait aussi facilement renverser les règles les plus communes du droit. Mais les règles spéciales qu'il créait ne sont-elles pas tombées avec les tribunaux spéciaux ? La loi de pluviôse an IX n'a-t-elle pas cessé d'être en vigueur ? Comment une seule des dispositions de cette loi aurait-elle conservé force et vie ? Et puis la règle exceptionnelle de compétence qu'elle posait n'était-elle pas limitée aux dispositions mêmes de la loi ? Comment lui conférer un caractère général, lui faire dominer toute la législation ? De ce que, dans un cas particulier, urgent, le législateur, qui violait à ce moment

[1] Journ. du dr. crim., 1833, p. 150.
[2] Journ. du dr. crim., 1833, p. 151.

même les droits jusque-là reconnus des citoyens, a suspendu l'une des règles communes de toute justice, comment résulterait-il de cette exception une règle générale, de cette usurpation un droit commun? Mettons donc la loi de côté; elle est muette, complétement muette sur ce point; occupons-nous de la question en elle-même.

Est-il nécessaire de répéter le principe général qui plane sur toute notre législation? La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. Voilà la règle générale, le droit commun. Toutes les lois, quelle que soit leur nature, quel que soit leur but, sont soumises à ce principe tutélaire; si l'on y a introduit une seule exception, c'est dans l'intérêt des justiciables eux-mêmes, c'est quand, soustraits à l'application de la loi nouvelle, ils en réclament eux-mêmes le bienfait. Mais la non-rétroactivité est leur droit; dans tous les cas, ils peuvent l'invoquer : qu'on révèle donc une exception écrite quelque part à ce principe de droit public; qu'on produise le texte qui aurait soustrait à son empire les lois de procédure et de compétence. Jusque-là le principe est général et sévère : ces lois, comme toutes les autres, ne peuvent régir que les faits accomplis depuis leur promulgation.

Ensuite, cette distinction du fond du droit et de la forme de procéder est peut-être admissible en matière civile; mais, en matière criminelle, la forme constitue une partie même du droit de l'accusé, car il y puise sa défense; et comment ne voir qu'une question de forme dans l'introduction d'une juridiction, ou son établissement après coup? Tout ce qui touche soit à la création, soit à l'ordre des juridictions, n'est-il pas fondamental et sacré? Les juges naturels de tout prévenu d'un crime ou d'un délit ne sont-ils pas ceux existants au jour de la consommation du fait? Est-il donc indifférent, surtout si le délit est d'une nature politique, d'être jugé par des jurés ou des juges permanents, par une cour d'assises ou un conseil de guerre? La règle de compétence, règle tutélaire, est que tout citoyen ne peut répondre de ses actes que devant un tribunal certain et connu à l'avance.

24. [[Cependant, si le droit peut être logiquement établi, on doit

dire que son application, qui rencontre de graves obstacles dans la pratique, n'a pas été consacrée par la jurisprudence. Le législateur peut modifier ou supprimer les formes de la procédure, suivant qu'il les juge plus ou moins utiles; il peut modifier ou supprimer les juridictions existantes; or les formes abrogées, qui pour tous auront disparu de la procédure, peuvent-elles continuer d'être appliquées aux faits qui sont antérieurs à l'abrogation? Les juridictions abolies peuvent-elles rester debout pour juger les mêmes faits? Il y a là un véritable embarras. On comprend très-bien que le juge reprenne une peine abrogée pour l'appliquer au fait commis avant l'abrogation; mais il y a plus de difficulté à faire revivre en faveur d'un prévenu des formes que le législateur a frappées de réprobation et qui ont cessé de faire partie de la procédure; car ces formes appartiennent au droit public, et on peut contester qu'il puisse y avoir des droits acquis contre les règles qu'il établit. Lorsque la loi, par exemple, a supprimé la preuve des faits diffamatoires imputés à des fonctionnaires publics, lorsqu'elle a substitué à la majorité de plus de sept voix, jusque-là nécessaire pour former la décision des jurés, la simple majorité, il semble difficile d'admettre encore, en faveur des faits antérieurs, l'ancienne preuve et l'ancienne majorité, sans apporter un certain trouble dans l'ordre extérieur de la juridiction et dans l'application du principe d'égalité qui doit protéger tous les prévenus par les mêmes formes et les mêmes garanties. Cet embarras devient plus grave en ce qui concerne la juridiction elle-même; en effet, la juridiction que la loi abolit disparaît par le fait même de son abrogation; comment la reconstituer pour juger les faits antérieurs? comment en reprendre les éléments dispersés? Et s'il s'agit seulement, entre deux juridictions également existantes, de la substitution de l'une à l'autre, n'est-il pas difficile d'admettre que la juridiction dépouillée par la loi puisse connaître encore, même par exception, des faits dont elle a été dépouillée? Ne peut-on pas soutenir, dans ce cas, que la juridiction, comme le mode de la procédure, faisant partie du droit public, n'est point acquise à la défense; que si une sorte de contrat s'opère entre la pénalité et le fait au moment de sa perpétration, il n'en est

pas ainsi des formes du jugement, qui ne créent un droit pour le prévenu qu'au moment où il est jugé? Tels sont les motifs qui ont porté la jurisprudence, après quelque hésitation [1], à se former dans ce sens : il est aujourd'hui reconnu par les arrêts de la cour de cassation « que le principe de la non-rétroactivité des lois ne s'applique qu'au fond du droit; que les lois concernant la procédure et la forme des jugements, lesquelles n'ont pour règle suprême que l'intérêt public, dont le législateur demeure toujours juge, sont obligatoires du jour de leur promulgation, dans les procès commencés comme dans les procès à naître, et que les lois de compétence saisissent tous les faits qu'elles embrassent, que ces faits soient antérieurs ou postérieurs à leur publication [2]. »]]

[1] Cass. 9 févr. et 22 mars 1793; 19 juill., 18 oct., 14 nov. 1816; 2 mai et 24 oct. 1817. J. P., à leur date.

[2] Cass. 10 mai 1822 (Bull. nº 73); 16 avril 1831, nº 85; 12 oct. et 9 nov. 1848, nºs 251 et 272; 13 mars 1850, nº 86; 5 nov. 1852, nº 358; 21 juillet 1853, nº 363; 29 juillet 1853, nº 376; 27 janvier 1855, nº 24.

CHAPITRE IV.

DÉLITS MILITAIRES.

---

25. L'article 5 du code pénal déclare que les dispositions de ce code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes *militaires*. Mais quels faits sont réputés crimes et délits militaires? Quel sens et quelle étendue la loi a-t-elle attachés à cette expression?

La loi pénale est muette sur cette question. Elle s'est contentée d'indiquer l'exception sans en poser les limites; et c'est à la législation spéciale que nous sommes forcés de nous reporter pour obtenir une solution, sans laquelle l'intelligence de notre texte ne serait point

complète. Nous allons donc jeter un coup d'œil rapide sur cette législation.

Le code pénal militaire se composait de lois successives et confuses, sans liaison entre elles, sans principes fixes, et qui n'avaient d'autre harmonie que la prodigieuse élévation de leurs peines et leur tendance continuelle à envahir la juridiction civile. Créées dans des temps de guerre et de troubles, elles se sont maintenues sans nécessité au sein de la paix ; et lorsque les autres parties de la législation pénale, également armées de châtiments excessifs à cette époque, se sont successivement adoucies, les lois militaires ont gardé leurs règles inflexibles et des pénalités que leur rigueur rendrait inapplicables, si le juge qui les prononce n'était assuré que la clémence du chef du pouvoir exécutif interviendra pour les tempérer. On trouve dans cette législation les actions les plus diverses (les délits militaires et les délits communs) frappées d'une peine uniforme, confondues dans la même infamie. La peine des fers est étendue à des délits purement militaires; la peine de mort est prodiguée même à des fautes de discipline. Enfin la juridiction exceptionnelle étend sa puissance jusqu'à des transgressions communes, qui n'ont aucune relation avec les devoirs militaires.

Une telle législation a dû souvent exciter la sollicitude du gouvernement ; aussi depuis 1808, où fut assemblée la première commission qui fut chargée de ce travail, jusqu'à ces dernières années, s'est-il presque constamment occupé de la révision des lois pénales militaires. Mais, soit que cette entreprise ait été hérissée de difficultés insolubles, soit que le temps ait manqué à nos assemblées législatives, ces lois, péniblement élaborées, à demi discutées et votées, sont restées inachevées. Il est toutefois impossible que beaucoup d'années s'écoulent désormais avant que cette plaie de la législation ne soit fermée, et c'est un motif de restreindre nos observations aux points les plus importants.

[[Le code de justice militaire du 4 août 1857, en coordonnant toutes les lois et tous les règlements relatifs à cette matière, a complétement rempli la lacune qui vient d'être signalée. C'est donc aux disposi-

tions de ce code qu'il faut demander maintenant la solution des questions posées dans ce chapitre, et nous devons dès lors nous y référer.]]

26. La loi militaire ne définit point les faits qu'elle répute militaires. Les délits militaires sont, comme on le verra plus loin, tous les délits dont la connaissance et le jugement sont attribués aux tribunaux militaires. Pour déterminer le caractère légal de ces faits, nous avons donc à fixer les limites des deux juridictions. La question de classification se complique d'une question de compétence. Nous devons donc établir la théorie de la juridiction militaire.

27. La légitimité d'une justice militaire ne pourrait être sérieusement mise en doute. *Elle est légitime*, a dit M. de Broglie, *parce qu'elle est nécessaire*[1]. En effet, l'indépendance des nations n'est protégée que par les armées, et les armées ne peuvent exister que par le rigoureux accomplissement des engagements et des devoirs qui leur sont propres. Pour en assurer la constante exécution, il faut donc qu'une justice ferme et prompte frappe ceux qui les méconnaissent. On peut même ajouter que l'existence des tribunaux militaires importe à la saine distribution de cette justice; car seuls ils peuvent comprendre et les devoirs qu'il est essentiel de faire respecter, et les circonstances de la transgression qui en modifient le caractère. Cette juridiction exceptionnelle se fonde donc, d'abord, sur une haute et puissante considération politique, une raison d'État souveraine, la nécessité d'assurer la mission d'obéissance et de sacrifices à laquelle les armées sont dévouées; elle se fonde ensuite, et secondairement, sur un principe de justice substantielle, parce que ce n'est que devant des tribunaux militaires que les délits disciplinaires peuvent obtenir bonne et sûre justice.

Mais, puisque c'est de la nécessité que dérive la légitimité de la justice militaire, on doit conclure que là où cette nécessité n'est plus constatée, cette juridiction cesse d'être légitime. C'est le premier principe théorique de la matière, et il est évident que plus les règles

[1] Chambre des pairs, Moniteur du 15 juin 1829, suppl.

du droit commun domineront dans l'esprit du législateur, plus les limites de la juridiction exceptionnelle seront étroites et resserrées. Passons à l'application de ce principe.

Hors des rangs de l'armée, nul ne doit être sujet à sa juridiction. Le citoyen appartient à la justice civile : son immunité est si grande, qu'en cas de complicité il entraîne le militaire qui a coopéré à son délit devant la juridiction ordinaire. Le législateur ne doit livrer aux tribunaux exceptionnels que les individus qui, par position, par choix, par nécessité, ont ces tribunaux pour leurs juges naturels : il doit placer entre la société civile et la famille militaire une barrière qui ne peut être franchie.

Les militaires eux-mêmes doivent être considérés sous deux points de vue distincts. Comme militaires, ils ont contracté des obligations d'un ordre tout spécial. Ces obligations, lorsqu'ils y manquent, les exposent à des peines particulières; c'est à ce titre qu'ils sont réclamés par les tribunaux d'exception. Mais, avant d'être militaires, ils sont citoyens; ils sont soumis, comme les autres membres du corps social, aux lois générales qui régissent le pays : accusés, eux aussi, ils ont droit à toutes les garanties que la loi assure à l'innocence en péril; et, dans un intérêt opposé, s'ils ont failli, c'est à la justice du pays, à la justice ordinaire qu'ils doivent réparation. Cette distinction capitale a été trop longtemps méconnue. La société n'est plus en sûreté, lorsque la poursuite des délits qui blessent l'ordre civil n'est point confiée aux magistrats chargés de sa défense. Il faut restituer à la juridiction ordinaire tous les délits commis, même par des militaires, contre les lois générales de la société.

La compétence des tribunaux exceptionnels ne doit donc exister que pour les militaires ou les personnes nécessairement attachées à l'armée, et seulement à raison des délits militaires qu'ils ont commis. Or ces délits peuvent se réduire à deux espèces : les uns sont d'ordre politique, ce sont ceux qui attentent à la discipline de l'armée, ceux qui enfreignent le devoir militaire; les autres appartiennent à l'ordre moral, ce sont des délits communs qui prennent un caractère mixte à raison de la qualité des prévenus et des personnes qu'ils lèsent,

tels sont les délits commis de militaire à militaire, et les vols dans les casernes. Mais les infractions de cette deuxième catégorie ne doivent même appartenir aux conseils de guerre que lorsque les prévenus sont en pleine activité de service; dans toute autre situation, la nécessité du service militaire n'exigeant plus leur concours, elles doivent être de la compétence des tribunaux ordinaires.

En proclamant ces principes simples et féconds, nous ne faisons à peu près que résumer les longues et savantes discussions que cette matière a soulevées. C'étaient là les principales bases du projet de loi présenté en 1829 à la chambre des pairs, sur l'organisation des tribunaux militaires. « La législation spéciale, disait l'exposé des motifs, ne doit comprendre dans son domaine rien de plus que ce que le bien du service exige [1]. » Et M. de Broglie ajoutait dans son rapport : « On doit restituer à la connaissance du droit commun les délits commis contre le droit commun par des individus appartenant à l'armée [2]. » Enfin, M. Legraverend avait professé dès l'année 1808 cette opinion, « que tous les faits qui blessent les lois générales de la société, ou qui sont dirigés contre des individus non militaires, doivent être considérés comme des délits communs et soumis à la justice ordinaire; et qu'on ne doit entendre par délits militaires que les délits contre la discipline militaire, ou ceux qui sont commis de militaire à militaire [3]. »

28. Jetons maintenant un coup d'œil sur la législation. Il est d'abord digne de remarque que notre ancien droit avait appliqué la plupart des principes qui viennent d'être rappelés. La juridiction militaire qui, avant 1789, était attribuée : 1° aux conseils de guerre dans les places et garnisons; 2° au prévôt général dans les temps de guerre; 3° aux maréchaux de France dans les affaires relatives au

[1] Moniteur du 21 mai 1829, 2e suppl.

[2] *Id.* du 15 juin 1829, suppl.

[3] Traité de procédure militaire; et Traité de législation criminelle, t. 2, p. 646.

point d'honneur, ne s'exerçait que sur les gens de guerre [1]. Jousse et Muyart de Vouglans définissent les délits militaires, ceux qui sont commis par les gens de guerre, dans les camps et armées et à l'occasion des fonctions militaires [2]. Les juges ordinaires connaissaient des délits communs commis par les soldats, à moins qu'ils ne fussent en campagne [3]; aux mêmes juges appartenait également la connaissance des crimes et excès commis par les gens de guerre, même dans les garnisons et dans le cours du service, contre les habitants [4]. N'est-il pas étrange que ces règles sages, établies dès le XVIe siècle, soient vainement encore sollicitées aujourd'hui?

L'assemblée constituante, en cette matière comme en tant d'autres, avait su poser quelques principes vrais.

La séparation des deux juridictions reposait sur le caractère ou commun ou exceptionnel des délits à juger. Les délits communs, alors même qu'ils avaient été commis par des militaires, étaient du ressort de la justice ordinaire [5]. Le délit militaire n'était, dans ce système, que la violation, définie par la loi, du devoir militaire [6]. Tout délit qui n'attaquait pas immédiatement le devoir était un délit commun; et, d'un autre côté, nul délit n'était militaire, s'il n'avait été commis par une personne faisant partie de l'armée [7]. Enfin le complice, simple citoyen, attirait le procès devant les juges civils; et, s'il y avait complication dans le même fait d'un délit commun et d'un délit militaire, ou si ces deux délits pesaient, par

[1] Ed. de Henri III de déc. 1585, et ord. janv. 1529, Lois anciennes, t. 16, p. 277; Muyart de Vouglans, p. 730; Jousse, t. 1, p. 376.

[2] *Ibid.*, loc. cit.

[3] Ord. 15 juill. 1525, Lois anciennes, t. 12, p. 405, et lett. fév. 1540, *ibid.*, p. 739.

[4] Ord. janv. 1629, ord. de 1670, tit. 1, art. 12, Lois anciennes, t. 16 et 18.

[5] L. 22 sept.-29 oct. 1790, art. 2.

[6] L. 30 sept.-19 oct. 1791, art. 1.

[7] *Ibid.*, art. 3 et 4.

suite de deux faits distincts, sur la même personne, la poursuite était portée devant les tribunaux ordinaires [1].

La convention nationale renversa cette législation. L'assemblée constituante n'avait statué que pour l'état de paix, et peut-être était-ce un tort; la discipline militaire appelle des règles distinctes pour l'état de paix et pour l'état de guerre. La convention fit de cette dernière situation l'état normal. Tous les délits commis par les militaires, qu'ils soient communs ou spéciaux, sont déférés aux tribunaux militaires. Cette juridiction envahit la juridiction civile, et les complices non militaires d'un fait commis par un militaire y sont entraînés [2].

Le directoire ne modifia que partiellement cet état de choses. A la vérité, la loi du 22 messidor an IV restreignit la compétence exceptionnelle aux individus qui font partie de l'armée, et renvoya devant les tribunaux ordinaires les délits auxquels avait participé une personne qui n'appartenait pas à cette armée. Mais, dans cette loi même qui rétablissait une règle tutélaire, les délits militaires ne sont plus considérés comme des infractions aux seules lois militaires : tous les délits commis par les personnes attachées aux armées sont rangés dans cette classe. La compétence se décide par la qualité des individus, au lieu de se fonder sur la nature du fait.

La loi du 13 brumaire an V acheva de confondre des limites déjà indécises. Son article 9 attribua à la juridiction militaire non-seulement des catégories beaucoup trop nombreuses d'individus qu'elle considère comme attachés à l'armée, mais encore les espions, les embaucheurs, qu'ils soient ou non militaires, et les habitants des pays étrangers occupés par l'armée. Il est à remarquer que cette loi n'avait de force légale que *jusqu'à la paix;* ses auteurs eux-mêmes avaient senti que ses dispositions n'étaient pas de nature à survivre à la guerre; cependant elle est restée debout, et aujourd'hui encore elle est la loi de la matière.

Il reste à mentionner, pour former un tableau complet des lois sur

[1] *Ibid.*, art. 5, 6 et 7.

[2] Déc. 3-18 pluv. an II, art. 3 et 4.

la compétence, l'article 85 de la constitution de l'an VIII, qui renvoie devant les tribunaux militaires tous les délits commis par les militaires, soit contre la discipline, soit contre le droit commun; et l'avis du conseil d'État du 7 fructidor an XII, qui, en renvoyant aux juges ordinaires les délits communs commis par des militaires en congé ou hors de leur corps, confirme la juridiction militaire à l'égard des mêmes délits commis au corps et sous les drapeaux.

Telle était la législation lorsque le code pénal fut rédigé. Dans le projet de ce code, l'article 5 était suivi d'un autre article supprimé depuis, et qui définissait les délits militaires [1]. L'intention de la commission avait été de donner aux juges une règle pour distinguer les délits militaires des autres délits. Cette définition, évidemment mal conçue, et qui avait pour effet de rejeter à la juridiction exceptionnelle un grand nombre de délits communs, fut l'objet de vives objections dans le sein du conseil d'Etat. M. Regnault (de Saint-Jean-d'Angély) releva la confusion que cet article introduisait dans les principes. Il est remarquable que Napoléon, plus libéral que ses conseillers, voulait revenir aux règles posées par l'assemblée constituante, et proposait de saisir les cours impériales de la connaissance de tous les délits commis dans l'intérieur, en leur laissant la faculté de renvoyer le prévenu devant la juridiction militaire lorsque son délit serait purement militaire. « La justice est une en France, disait-il

[1] En voici le texte : « Les contraventions, crimes et délits *militaires* sont seulement : 1° ceux qui ont été commis, en quelque lieu que ce soit, par des militaires de terre ou de mer, ou des personnes attachées aux armées de terre ou de mer, dans l'exercice de leurs fonctions militaires ou en état de service militaire; 2° ceux qui ont été commis par quelque personne que ce soit envers des militaires en exercice actuel d'une fonction militaire, comme, par exemple, envers un officier faisant actuellement sa ronde, ou envers un militaire actuellement en faction; 3° ceux qui ont été commis par quelque personne que ce soit dans un lieu actuellement et exclusivement affecté au service et aux fonctions militaires; 4° l'espionnage et l'embauchage; 5° la désertion, le refus des réquisitionnaires ou conscrits de joindre leurs drapeaux, et tout autre acte commis uniquement contre la discipline ou le service militaire. »

au conseil d'Etat; on est citoyen français avant d'être soldat. Si, dans l'intérieur, un soldat en assassine un autre, il a sans doute commis un crime militaire, mais il a aussi commis un crime civil. Il faut donc que tous les délits soient soumis d'abord à la juridiction commune, toutes les fois qu'elle est présente [1]. » Cette généreuse théorie ne fut point adoptée; mais l'article 6 fut retranché par le conseil, qui décida en même temps que les bases de la juridiction militaire seraient posées par une loi séparée du code [2]. C'est à cette promesse, inexécutée jusque-là, que répond la loi nouvelle.

29. [[Le code du 4 août 1857, loin de restituer aux juges ordinaires la connaissance des crimes et des délits communs, a posé, en termes plus explicites encore que n'avait fait la législation précédente, que les crimes et délits deviennent militaires toutes les fois qu'ils sont commis par des militaires. « Enlever, dans quelque circonstance que ce soit, porte l'exposé des motifs, un soldat à son drapeau et à ses juges naturels, ce serait toucher sans raison à ces bases essentielles sur lesquelles reposent l'esprit militaire et la discipline de l'armée. Si cette règle s'efface dans des cas exceptionnels, tels que la complicité avec des individus non militaires, c'est qu'il y a obligation de la faire céder à des nécessités d'ordre public et aux inconvénients que présenterait la disjonction des procédures. Le caractère distinct de l'armée au milieu des populations; la haute mission qui lui est donnée de maintenir l'ordre au dedans et l'indépendance nationale au dehors; la nécessité, pour arriver à ce but, de n'arracher que dans des cas exceptionnels un soldat à l'autorité de ses chefs pour le livrer à la justice civile; les devoirs étroits qui sont la règle de toutes ses actions, et dont il ne peut se dépouiller même en commettant un délit ordinaire; l'uniforme dont il est revêtu, tout concourt à rendre complexe le plus simple délit de l'ordre commun, lorsqu'il est commis

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séance du 21 fév. 1809; Locré, t. 29, p. 139.

[2] Procès-verbaux du conseil d'État, séances des 4 oct. 1808 et 22 juill. 1809; Locré, t. 29, p. 108 et 156.

par un militaire en activité. Le principe fondamental, c'est que tous les militaires, quels que soient leurs titres et leurs positions, sont justiciables des conseils de guerre. » Il suit de là que la juridiction des conseils de guerre est pour le militaire sous les drapeaux la juridiction de droit commun, dont il est naturellement justiciable pour tous les crimes et délits qu'il commet.

Voici le texte de la loi : « Art. 55. Tout individu appartenant à l'armée en vertu soit de la loi du recrutement, soit d'un brevet ou d'une commission, est justiciable des conseils de guerre permanents dans les divisions territoriales en état de paix, selon les distinctions établies dans les articles suivants. » — « Art. 56. Sont justiciables des conseils de guerre des divisions territoriales en état de paix, pour tous crimes et délits, sauf les exceptions portées au tit. 4 du liv. 2 (relatives à la complicité) : 1° les officiers de tous grades, les sous-officiers, caporaux et brigadiers, les soldats, les musiciens et les enfants de troupe ; les membres du corps de l'intendance militaire ; les médecins, les pharmaciens, les vétérinaires militaires et les officiers d'administration; les individus assimilés aux militaires par les ordonnances ou décrets d'organisation, pendant qu'ils sont en activité de service ou portés présents sur les contrôles de l'armée ou détachés pour un service spécial ; 2° les militaires, les jeunes soldats, les remplaçants, les engagés volontaires et les individus assimilés aux militaires, placés dans les hôpitaux civils et militaires, ou voyageant sous la conduite de la force publique, ou détenus dans les établissements, prisons et pénitenciers militaires; 3° les officiers de tous grades et les sous-officiers, caporaux et soldats inscrits sur les contrôles de l'hôtel impérial des Invalides ; 4° les jeunes soldats laissés dans leurs foyers et les militaires envoyés en congés illimités, lorsqu'ils sont réunis pour les revues ou exercices prévus par l'art. 30 de la loi du 21 mars 1832. » — » Art. 57. Sont également justiciables des conseils de guerre des divisions territoriales en état de paix, mais seulement pour les crimes et délits prévus par le tit. 2 du liv. 4 (crimes et délits contre le devoir militaire), les militaires de tous grades, les membres de l'intendance militaire et tous individus

assimilés aux militaires : 1° lorsque, sans être employés, ils reçoivent un traitement et restent à la disposition du gouvernement ; 2° lorsqu'ils sont en congé ou en permission. »]]

30. Appliquons maintenant les dispositions qui précèdent. La juridiction militaire ne commence à saisir le jeune soldat qu'au moment où il a reçu un ordre de route[1]. Le premier délit militaire qu'il peut commettre est *l'insoumission* à cet ordre. Tous les délits dont il a pu se rendre coupable jusqu'à ce moment, alors même qu'ils auraient eu pour objet de le soustraire au recrutement, appartiennent à la justice ordinaire[2]. Ainsi on avait pensé à tort que le militaire était censé appartenir à l'armée dès le commencement de l'année à laquelle se rattachait le contingent dont il faisait partie. La cour de cassation a repoussé avec raison cette fiction : il n'est soldat que lorsque, désigné par le sort et déclaré apte au service, il a reçu l'ordre de rejoindre son corps[3]. C'est cet ordre qui lui confère la qualité qui devient la règle de la compétence. [[Toutefois la juridiction militaire ne peut le saisir encore que dans les cas suivants : 1° pour les faits d'insoumission (art. 58 de la loi du 4 août 1857) ; 2° lorsqu'il fait partie d'un détachement, qu'il est placé dans un hôpital ou détenu dans un établissement militaire (art. 56, n° 2, de la même loi); hors de ces cas, il n'est justiciable que des juges ordinaires à raison des crimes et délits qu'il commet, même après avoir reçu l'ordre de rejoindre, et en se rendant au corps dont il doit faire partie.]]

31. La même raison doit servir à déterminer le moment où la juridiction militaire s'ouvre pour les engagés volontaires ; la signature de l'acte d'engagement devant le maire, de même que la désignation

[1] L. du 21 mars 1832, art. 39.

[2] *Ibid.*, art. 41.

[3] Cass. 2 juill. 1825, Bull. offic., n° 128. — Le remplaçant qui, ayant reçu une feuille de route, n'est pas arrivé à sa destination, est réputé insoumis, et justiciable de la juridiction militaire à raison de ce fait d'insoumission, alors même que l'individu remplacé a été contraint de rejoindre le corps où il fait son service. Cass., 12 avril 1845, Bull. n° 137.

par le sort, ne suffit pas pour produire cet effet. La qualité de militaire ne s'acquiert alors que par l'inscription sur le registre-matricule du régiment : c'est aussi dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée [1]. Mais cette qualité saisit aussitôt l'engagé, et lui imprime un sceau indélébile. C'est par déduction de ce principe que la cour de cassation a jugé que le faux commis dans l'acte même d'inscription était justiciable du tribunal militaire [2], et que la nullité de l'engagement, motivée soit sur ce que l'engagé n'avait pas encore atteint l'âge requis pour le contracter, soit sur ce qu'il se trouvait déchu du droit de servir dans les armées, soit enfin sur ce que l'époque de la libération était arrivée, n'est pas un obstacle à l'exercice de cette juridiction sur les délits militaires commis par cet individu au corps [3]. C'est la qualité de fait qui détermine ici la compétence.

[[Il résulte des art. 56 et 58 de la loi nouvelle que les engagés volontaires et les remplaçants, tant qu'ils ne sont pas arrivés au corps, sont soumis aux mêmes règles que les jeunes soldats appelés par le recrutement. Ils ne sont donc, comme ceux-ci, justiciables de la juridiction militaire, si ce n'est dans les cas d'insoumission, que lorsqu'ils sont réunis en détachement ou reçus dans un établissement militaire.]]

52. [[L'appelé au service ou l'engagé volontaire demeure justiciable de la juridiction militaire pendant toute la durée de l'incorporation; c'est le fait de la présence au corps, de la participation aux exercices militaires, de la sujétion à la discipline, qui est la raison de la compétence. Ainsi, il a été plusieurs fois décidé qu'un individu qui est porté sur les contrôles, reçoit la solde et concourt au service effectif d'un corps, est justiciable du conseil de guerre, à raison des délits

[1] Cass. 12 déc. 1817, Bull. offic., n° 115, et 10 janvier 1822, Bull. offic., n° 8.

[2] Cass. 10 janv. 1822, *ibid.*

[3] Cass. 12 déc. 1817, 30 avr. et 12 sept. 1825, Bull. offic., n°s 83 et 182; 7 janv. et 11 mars 1826, Bull. offic., n°s 4 et 49; 6 avril 1832, Bull. n°s 129 et 130. — M. Merlin, v° *délit militaire*, p. 490.

qu'il commet, lors même que le temps de son service est expiré et qu'il n'a pris aucun engagement nouveau [1].]]

Il en résulte d'abord, et c'est aussi ce que proclame l'avis du conseil d'Etat du 7 fructidor an XII, que la connaissance des délits communs, commis par des militaires en congé ou hors de leur corps, est de la compétence des tribunaux ordinaires. [[Telle est aussi la décision de l'art. 57 de la loi du 4 août 1857, sauf en ce qui concerne les délits prévus par le tit. 2 du liv. 4 de cette loi, et qui sont relatifs au devoir militaire. Ainsi, le militaire en congé renouvelable, qui se rend coupable d'un vol dans une église, est justiciable des tribunaux ordinaires [2].]]

Mais que faut-il entendre par ces mots *en congé* ou *hors du corps?* La cour de cassation a rangé dans cette catégorie les militaires qui se trouvent en état de libération provisoire [3], ceux qui ont déserté, alors même qu'ils auraient été repris dans le lieu même de la garnison [4]; mais elle a refusé d'y placer les militaires qui se seraient éloignés momentanément de leur corps en marche, pour commettre un crime commun [5].

Que faut-il décider à l'égard des militaires qui ont commis un délit commun dans la prison où ils sont détenus? La situation de la prison doit être la raison de la solution. En effet, l'avis du conseil d'Etat du 7 fructidor an XII défère aux tribunaux spéciaux tous les délits commis par les militaires à leurs corps, garnisons ou cantonnements. Il semble dériver de cette règle générale que, si la prison militaire est située dans le rayon de la garnison, le militaire doit être soumis à ces tribunaux à raison des délits qu'il a pu y commettre, et qu'il rentre, au contraire, sous l'empire de la juridiction ordinaire, si la

[1] Cass. 23 janvier 1829, J. P. 22, 593; 6 déc. 1833, *ibid.* 25, 1035; 3 oct. 1834, J. P. 26, 957; 20 sept. 1843, Bull. n° 179; 3 janvier 1842, Bull. n° 7.

[2] Cass. 6 fév. 1858, Bull. n° 36.

[3] Cass. 3 juill. 1829, Bull. n° 147.

[4] Cass. 10 avril 1829, Bull. n° 75.

[5] Cass. 5 janv. 1809, Bull. n° 29.

prison est éloignée du corps dont il fait partie. [[Mais cette distinction n'a pas été adoptée par la loi nouvelle. Il suffit que les militaires soient, aux termes du 2e paragraphe de l'art. 56, détenus dans un établissement militaire, quelle que soit la situation de la prison, pour qu'ils soient soumis à la juridiction du conseil de guerre. Dès qu'ils sont soumis au devoir militaire, ils sont justiciables de cette juridiction [1]. Il en serait autrement à l'égard du délit commun commis par des militaires condamnés dans une prison non militaire [2].]]

La même règle doit-elle encore être invoquée dans un cas semblable, celui où le militaire est à l'hôpital? A quelle juridiction doivent être portés les délits qu'il commet dans cette position? Si l'hospice est dans le lieu même où réside le corps auquel appartient le prévenu, celui-ci est considéré comme n'ayant point quitté ses drapeaux; la juridiction militaire ne l'abandonne point, elle le suit dans toute l'étendue de la garnison, soit à la prison, soit à l'hôpital; elle ne lâche prise que lorsqu'il rentre, pour ainsi dire, dans la vie civile, en s'éloignant du drapeau, en restant en arrière du corps, en cessant d'en faire partie.

[[L'art. 56 de la loi, bien qu'il soumette à la juridiction exceptionnelle les militaires *placés dans les hôpitaux civils et militaires*, doit sans doute être entendu en ce sens que les hôpitaux civils appartiennent à l'armée, et que les militaires y sont soumis à la discipline militaire. Le lieu de la situation importe peu; c'est la sujétion à la discipline qui détermine la compétence [3].]]

33. Au reste, on ne doit pas perdre de vue que, pendant la durée même du congé ou de l'absence, le militaire ne devient justiciable des tribunaux ordinaires qu'à l'égard des délits communs qu'il a commis: les infractions à ses devoirs de militaire continuent de l'entraîner devant les juges exceptionnels; il se trouve dans la même situation que

[1] Cass. 2 avril 1840, J. P. 1840, 2, p. 182; 3 juillet 1858, Bull. offic., nº 191.

[2] Cass. 10 juin 1843, Bull. nº 140.

[3] Cass. 9 août 1834, J. P. 26, 865; 29 avril 1836, Bull. nº 134.

les militaires en non-activité et la gendarmerie. Il faut donc distinguer, dans ce cas, la nature du fait incriminé, si ce fait est une infraction aux lois générales qui obligent tous les citoyens, ou seulement aux lois spéciales qui n'obligent que les militaires. Nous citerons un exemple de cette distinction. Un soldat en congé avait commis un délit d'outrage envers un lieutenant de gendarmerie qui l'avait fait comparaître devant lui pour vérifier la validité de son congé. Ce délit, commis par un militaire envers un officier, avait paru aux premiers juges constituer un délit militaire; mais la cour de cassation a pensé avec raison que c'était une erreur. Pour qu'il y eût insubordination, il eût fallu que le militaire fût subordonné de l'officier de gendarmerie ; mais celui-ci n'avait sur lui aucune autorité militaire, puisqu'il était étranger à son corps; c'était donc un délit commun justiciable des tribunaux ordinaires [1]. [[On a déjà vu que cette distinction a été consacrée par l'art. 57 de la nouvelle loi.]]

Mais cette distinction devient inutile lorsque le militaire est sous les drapeaux ; tous les délits, soit communs, soit spéciaux, dont il se rend coupable, sont déférés, ainsi qu'on l'a déjà dit, à la juridiction militaire. La cour de cassation n'a donc pas hésité à décider que le délit de contre-façon imputé à un officier général commandant une école militaire devait être jugé par un conseil de guerre [2]; et que le délit de violation de domicile dont un officier s'était rendu coupable à son corps est soumis aux mêmes juges [3]. Cependant cette règle, quelque absolue qu'elle soit, a reçu quelques exceptions.

En premier lieu, il est certains délits spéciaux dont les juges formellement désignés par la loi restent les mêmes, quelle que soit la qualité des prévenus. Tels sont les délits de chasse [4], les contraventions aux lois de douanes et de contributions indirectes [5]. Ces faits

[1] Cass. 1 déc. 1827, Bull. n° 292.
[2] Cass. 9 fév. 1827, Bull. n° 32.
[3] Cass. 18 juillet 1828, Bull n° 211.
[4] Avis du conseil d'État du 5 janv. 1806.
Cass 18 sept. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 348.

commis par des militaires, même à leur corps, sont de la compétence exclusive des tribunaux correctionnels. [[Cette restriction a été consacrée par l'art. 273 du nouveau code, qui porte : « Ne sont pas soumises à la juridiction des conseils de guerre les infractions commises par les militaires aux lois sur la chasse, la pêche, les douanes, les contributions indirectes, les octrois, les forêts et la grande voirie. » Il n'en est pas ainsi des contraventions de police : l'art. 271 laisse à la répression de l'autorité militaire, et punit d'un emprisonnement dont la durée ne peut excéder deux mois, « les contraventions de police commises par des militaires. »]]

En second lieu, le prévenu militaire peut avoir des complices qui n'aient pas cette qualité, et, dans ce cas, d'après le principe posé dans l'art. 2 de la loi du 22 messidor an IV, ceux-ci l'entraînent devant la juridiction ordinaire. Peu importe, dans ce cas, que le délit soit commun ou militaire : dans aucun cas, le simple citoyen ne peut être arraché à ses juges naturels [1]; cette maxime domine la loi même. [[Elle a été maintenue par l'art. 76 du nouveau code, qui est ainsi conçu : « Lorsque la poursuite d'un crime, d'un délit ou d'une contravention comprend des individus non justiciables des tribunaux militaires, et des militaires ou autres individus justiciables de ces tribunaux, tous les prévenus indistinctement sont traduits devant les tribunaux ordinaires. » Le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la poursuite domine donc toujours la compétence.]]

Mais quelle serait la juridiction, si un délit commun a été commis de concert par deux militaires dont l'un se trouvait en congé? La réponse était simple avant la loi nouvelle. Le militaire en congé n'est justiciable que des tribunaux ordinaires, à raison des délits de cette nature qu'il peut commettre; le privilége s'efface à son égard, il rentre dans les rangs des citoyens; dès lors, loin qu'on puisse l'arra-

[1] Cass. 2 mai 1817, Bull. offic., n° 36. — Toutefois, si le complice non militaire a été définitivement jugé, les prévenus militaires peuvent être traduits devant la juridiction militaire. Cass. 11 octobre 1838, Bull. offic., n° 330.

cher à cette juridiction, il y entraîne son complice [1]. [[Mais cette solution n'a pas été confirmée. L'art. 77 porte que « tous les prévenus indistinctement sont traduits devant les tribunaux militaires : 1° lorsqu'ils sont tous militaires ou assimilés aux militaires, alors même qu'un ou plusieurs d'entre eux ne seraient pas justiciables de ces tribunaux en raison de leur position au moment du crime ou du délit; 2° s'il s'agit de crimes ou de délits commis par des justiciables des conseils de guerre ou par des étrangers. »]]

Mais il est nécessaire que l'existence des faits de complicité ne soit pas douteuse. Ainsi le fait d'un militaire qui aurait déserté en emportant des effets appartenant à l'État serait de la compétence des conseils de guerre, encore bien que ces effets eussent été achetés par un individu non militaire; car cet achat est un délit distinct, particulier, justiciable des tribunaux correctionnels; ce n'est plus un fait de complicité, mais un fait principal. La jurisprudence a consacré ce point [2].

34. On a disputé néanmoins à la juridiction militaire la connaissance du crime d'embauchage, lorsqu'il est commis par des individus non militaires. C'était une question très-délicate. Ce crime, défini par les articles 1 et 2 de la loi du 4 nivôse an IV, est expressément attribué aux conseils de guerre par l'article 9 de la loi du 13 brumaire an V, quelle que soit la qualité de ses auteurs. Cette exorbitante attribution a révolté avec raison l'opinion publique : on a senti que l'embauchage n'était point un délit militaire; qu'il y a toujours dans ce crime existence simultanée d'un fait de conspiration ou de complicité de conspiration contre la sûreté de l'État, et que ce dernier crime ne doit appartenir qu'au jury. La jurisprudence, après avoir longtemps résisté [3], a fléchi enfin devant l'opinion ; elle a renversé la loi parce qu'elle était injuste, et s'est investie d'un pouvoir

[1] Cass. 6 sept. 1811, Bull. n° 128.

[2] Cass. 25 juill. 1823, Bull. n° 103.

[3] Cass. 12 octobre 1820, Sirey, 21-1-118 ; et affaire Caron, 2 et 22 août 1822, Sirey, 22-1-291 et 321.

presque législatif pour réédifier un principe que la législation avait méconnu [1]. L'argument sur lequel on s'est appuyé n'en est pas moins singulier; on a dit : la disposition de l'article 9 de la loi du 13 brumaire, relatif aux embaucheurs, a cessé d'exister, puisque l'art. 1er décrétait que les dispositions de cette loi ne seraient exécutées que *jusqu'à la paix*. Mais pourquoi cette disposition seule au milieu de toutes les autres? La loi du 13 brumaire n'est-elle pas le code militaire, le droit commun de cette juridiction exceptionnelle? Comment en déclarer telle règle morte, tandis que les autres resteraient vivantes? La restriction de l'article 1er s'appliquait à toutes. L'abrogation de l'une d'elles proclamée, les autres tombent d'elles-mêmes, car le même souffle les animait. Voilà l'inconvénient des mauvaises lois; les tribunaux, après en avoir longtemps gémi, finissent presque malgré eux par leur imposer leurs périlleuses corrections. [[Il résulte maintenant des articles 64 et 208 du nouveau code que les prévenus d'embauchage non militaires ne sont justiciables des tribunaux militaires que lorsque l'accusé est sur le territoire ennemi ou sur le territoire français en présence de l'ennemi : en temps de paix, ils demeurent justiciables des juges ordinaires.]]

35. Mais le principe que les citoyens ne peuvent, sous aucun prétexte, être distraits de leurs juges naturels, reçoit une exception en état de siége. La cour de cassation avait jugé, par deux arrêts, « que les conseils de guerre ne sont des tribunaux ordinaires que pour le jugement des crimes et des délits commis par les militaires ou par les individus qui leur sont assimilés par la loi, et qu'ils deviennent des tribunaux extraordinaires lorsqu'ils étendent leur compétence sur des crimes ou des délits commis par des citoyens non militaires [2]. » [[Mais la loi du 9 août 1849 a abrogé cette jurisprudence. L'article 8 de cette loi porte : « Les tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes et délits contre la sûreté de la république,

[1] Cass. 2 avril et 17 juin 1831, Journal du dr. crim. 1831, p. 295; 1832, p. 29.

[2] Cass. 29 juin et 7 juillet 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 154.

contre la constitution, contre l'ordre et la paix publique, quelle que soit la qualité des auteurs principaux et des complices. » La cour de cassation a successivement déclaré que la juridiction militaire a cessé, depuis cette loi, d'être inconstitutionnelle à l'égard des individus non militaires, pendant l'état de siége [1]; que cette juridiction peut, dans ce cas, connaître des faits qui ont motivé les mesures de l'état de siége [2]; qu'elle peut être étendue à tous les faits qui sont connexes aux faits d'insurrection, ou qui s'y rattachent [3]; enfin, que cette attribution n'est pas nécessaire, mais qu'elle est seulement facultative [4].]]

56. Jusqu'ici nous n'avons parlé que des *militaires* proprement dits, des individus appartenant à l'armée en vertu d'un brevet ou d'une commission, d'un appel ou d'un engagement. Mais les conseils de guerre ont aussi leurs justiciables *volontaires;* ce sont les individus employés dans un corps de troupes quelconque, à des titres et à des services divers. C'est ici qu'on peut juger quel esprit anime le législateur. S'il est enclin au régime de l'exception, il étendra la juridiction militaire aux classes innombrables d'employés qui marchent à la suite de toute troupe un peu considérable. Ainsi l'a fait le législateur de l'an V. Il faut voir dans la loi du 13 brumaire les catégories nombreuses qui s'y trouvent énumérées. Si le législateur, au contraire, est ami du droit commun, il ne réservera la juridiction militaire que pour ceux des employés qu'il est indispensable, par la nature même de leur service, de soumettre aux règles d'une certaine discipline. La plus grande partie des classes de la loi de l'an V devrait être retranchée. [[L'article 56 du nouveau code se borne à déclarer justiciables des conseils de guerre « les individus assimilés aux militaires par les ordonnances ou décrets d'organisation. » L'exposé des motifs de la loi en a donné l'énumération]]

[1] Cass. 12 oct. 1848, Bull. n° 251; 9 nov. 1848, Bull. n° 272; 9 nov. 1848, Bull. n° 273; 15 mars 1851, Bull. n° 100; 17 nov. 1851, Bull. n° 473.

[2] Cass. 13 mars 1850, 21 sept. 1850, Bull. n°s 85 et 321.

[3] Cass. 17 nov. 1851, Bull. n° 473; 23 janv. et 10 av. 1852, *ibid.* n°s 33 et 120.

[4] Cass. 26 août 1852, Bull. n° 217.

La jurisprudence, soit en interprétant l'article 10 de cette loi, soit par analogie, a successivement renvoyé devant la juridiction militaire : 1° un sous-traitant pour la fourniture des vivres, à raison des moyens illicites qu'il avait employés dans sa gestion [1]; 2° le portier d'une ville de guerre, accusé d'homicide dans l'exercice de ses fonctions [2]; 3° les domestiques des officiers, quand l'armée est en pays ennemi [3]; 4° enfin, les musiciens des régiments, à raison des délits commis depuis leur incorporation [4]. La juridiction ordinaire a été déclarée, au contraire, légitimement saisie des délits commis : 1° par les domestiques des officiers dans les garnisons de l'intérieur [5]; 2° par les gardes-magasins des subsistances militaires qui se trouvent, mais sans emploi, à la suite de l'armée [6]; 3° par les entrepreneurs de charrois militaires [7]; 4° par un cordonnier gagiste [8].

57. Rappelons un dernier principe. Les tribunaux militaires sont institués pour prononcer sur l'action publique, en tant qu'elle concerne les personnes soumises à leur juridiction. Le caractère des infractions que ces tribunaux ont à réprimer et la nature même de leur mission doivent donc avoir une influence nécessaire sur les pénalités qu'ils infligent.

Toute peine qui n'atteindrait que la fortune des coupables ne saurait être appliquée par un tribunal qui ne saisit que les personnes. Ce principe conservateur des juridictions et surtout des limites qui séparent les tribunaux ordinaires et les tribunaux d'exception, doit

[1] Cass. 25 mars 1818, Sirey, 17-1-90.

[2] Cass. 15 prair. an VIII, Bull. n° 362; 24 fév. 1860, Bull. n° 58.

[3] Cass. 28 pluv. an II, Bull. n° 89; 5 mars 1818, Sirey, 18-1-273.

[4] Cass. 4 avril 1833, Jurisp. gén. 1833, 1, 276; 23 décembre 1853, Bull. n° 318. Une ordonnance du 16 juin 1840 donne aux gardes-chiourmes une organisation militaire, d'où résulte la conséquence généralement admise qu'ils doivent être considérés comme militaires.

[5] Cass. 25 mars 1818 (Voyez *suprà*).

[6] Cass. 12 vend. an XIV, Bull. n° 215.

[7] Cass. 12 avril 1834, Bull. n° 110.

[8] Cass. 13 juill. 1843, Bull. n° 179.

être soigneusement maintenu. Il serait inusité d'appliquer la peine de l'amende aux délits militaires; elle ne se trouve pas dans les lois actuelles. Il suit de là que les tribunaux militaires n'ont pas le droit de prononcer des réparations civiles ; les parties lésées par les délits militaires doivent donc s'adresser aux tribunaux civils [1].

[[Ce principe a été maintenu par les art. 53 et 54 du code du 4 août 1857, qui sont ainsi conçus : « Art. 53. Les tribunaux militaires ne statuent que sur l'action publique. Ils peuvent néanmoins ordonner au profit des propriétaires la restitution des objets saisis ou des pièces de conviction, lorsqu'il n'y a pas lieu d'en prononcer la confiscation. » — « Art. 54. L'action civile ne peut être poursuivie que devant les tribunaux civils. »]]

38. Si maintenant l'on veut reprendre les lois et les arrêts que nous venons de parcourir, et les ramener à des termes simples, on trouvera que, dans l'état actuel de la législation, la juridiction militaire s'étend, quant aux personnes, à tous les individus militaires ou attachés à la suite de l'armée, qu'ils soient ou non présents au corps et sous les drapeaux, s'ils sont en activité de service; quant aux faits : 1° à tous les délits contre la discipline; 2° à tous les délits, même communs, commis au corps et sous les drapeaux. Voilà les limites de cette juridiction : tous les autres délits communs accomplis hors du corps, même en état de désertion [2], tous les faits que la loi n'a pas nommément déférés au tribunal exceptionnel, reviennent aux tribunaux ordinaires, qui ont une juridiction générale, et qui ne peuvent être dépouillés que par la volonté formellement exprimée du législateur. [[D'où il suit qu'il faut entendre par délits militaires, dans le sens de l'art. 5 du code pénal, tous les délits commis par des militaires ou des individus assimilés aux militaires, soit qu'ils soient communs ou spéciaux, lorsque leurs auteurs sont présents au corps, ou soumis, en quelque lieu que ce soit, à la discipline militaire.]]

39. Encore une observation sur cette matière. Nous ne nous

[1] Cass. 23 oct. 1817, Bull. n° 102.

[2] Cass. 15 novembre 1811 et 22 février 1828, Sirey, 17-1-89 et 28-1-327.

sommes occupés jusqu'ici que de fixer les bornes de la juridiction de l'armée de terre ; mais les troupes de mer ont aussi leurs tribunaux et leurs délits spéciaux. A la vérité, la plupart des règles que nous avons rappelées s'appliquent à la fois aux deux juridictions militaires. Devant les tribunaux de la marine, c'est aussi la qualité des prévenus au moment des poursuites, c'est le lieu de la perpétration des délits, qui règlent la juridiction. [[Un nouveau code de justice pour l'armée de mer a été promulgué le 4 juin 1858 : ce code, tout à fait calqué sur le code de l'armée de terre, en reproduit toutes les règles.]] Quelques dispositions particulières doivent cependant être indiquées.

La juridiction maritime se compose de plusieurs tribunaux, dont la plupart étaient naguère de véritables commissions, créées pour le jugement du délit et dissoutes après ce jugement. Les modifications opérées dans la juridiction militaire, et qui ont eu pour objet de la composer de tribunaux permanents, n'avaient point pénétré dans la marine. On y connaissait encore les conseils de justice et les conseils de guerre maritimes, les tribunaux maritimes et les tribunaux maritimes spéciaux, dont l'organisation était évidemment incompatible avec les principes de notre droit public. Une voix puissante s'est chargée de signaler à l'attention publique l'existence illégale des tribunaux maritimes [1], et ces louables efforts ont appelé la révision de cette inextricable législation. [[Cette réforme a été opérée, et l'article 1 du nouveau code est ainsi conçu : « La justice militaire maritime est rendue : 1° à terre, par des conseils de guerre et des conseils de révision permanents; par des tribunaux maritimes et des tribunaux de révision permanents; 2° à bord, par des conseils de guerre et des conseils de révision; par des conseils de justice. »]]

On comprend aujourd'hui sous la dénomination de *délits maritimes :* 1° les infractions commises dans les ports et arsenaux contre leur police et le service maritime par des gens de mer ; ces délits sont justiciables des tribunaux maritimes [2]. Deux questions se sont élevées

[1] Réquisitoire de M. le procureur général Dupin.
[2] Déc. du 12 nov. 1806.

sur l'application de cette juridiction spéciale, aux simples citoyens qui ont commis un délit contre la police maritime dans les ports et arsenaux, et aux individus non marins, mais attachés au service de la marine, qui ont commis un délit dans les mêmes circonstances. L'article 11 du titre XI du décret du 12 novembre 1806 déclare formellement les citoyens justiciables des tribunaux maritimes, et M. Legraverénd avait vainement protesté contre cette exorbitante attribution qu'une ordonnance du 14 octobre 1818 avait même confirmée [1]; et la cour de cassation avait proclamé cette disposition inconciliable avec la charte et inapplicable aux individus non militaires [2]. [[Mais l'art. 88 du nouveau code déclare que « sont justiciables des tribunaux maritimes, encore qu'ils ne soient ni marins ni militaires, tous individus auteurs ou complices de crimes et délits commis dans l'intérieur des ports, arsenaux et établissements de la marine, lorsque ces crimes et délits sont de nature à compromettre soit la police ou la sûreté de ces établissements, soit le service maritime. »]] Quant aux personnes qui, sans être militaires, sont cependant attachées à divers titres au service de la marine, les lois maritimes n'avaient nulle part déterminé celles qui doivent être considérées comme appartenant au corps de la marine, et celles qui lui sont étrangères : devait-on procéder alors par assimilation, et recourir aux catégories de la loi du 13 brumaire an V? La cour de cassation l'avait ainsi décidé [3]; [[et la nouvelle loi a confirmé cette jurisprudence en déclarant par son art. 77 justiciables des conseils de guerre maritimes « les individus assimilés aux marins ou militaires de l'armée de mer par les ordonnances ou décrets d'organisation. »]]

2° Les délits commis par les forçats détenus dans les bagnes : des tribunaux maritimes spéciaux avaient été institués pour en connaître [4]. Les articles 70 et 71 du décret du 10 novembre 1806 soumettaient à ces tribunaux des personnes autres que des forçats Cette disposition

[1] Législ. crim., t. 2, p. 688.
[2] Cass. 12 avr. 1834, Bull. n° 110.
[3] *Voyez* le même arrêt et le réquisitoire.
[4] Titre 8 du décret du 12 nov. 1806.

parut tellement exorbitante que le gouvernement de la restauration décréta par simple ordonnance que les forçats détenus dans les bagnes seraient les seuls justiciables des tribunaux spéciaux [1].[[L'article 89 du code du 4 juin 1858 a substitué à ces tribunaux les tribunaux maritimes permanents.]] Remarquons ici qu'un forçat est justiciable des tribunaux ordinaires à raison d'un délit commis dans un bagne, si ce délit n'a été poursuivi que depuis sa libération : c'est la qualité au moment des poursuites qui règle la compétence [2].

3° Les délits commis par toutes personnes embarquées sur les vaisseaux : ces délits sont déférés, suivant leur gravité, soit à des conseils de justice, soit à des conseils de guerre qui siégent à bord [3].

4° [[Enfin les délits commis par les militaires de la marine et les marins, pendant qu'ils sont en activité de service ou portés présents, soit sur les contrôles de l'armée de mer, soit sur les rôles d'équipage, ou détachés pour un service spécial : ces délits sont déférés aux conseils de guerre permanents des arrondissements maritimes, lorsque les bâtiments se trouvent dans l'enceinte d'un arsenal maritime, ou lorsque les marins sont en congé ou permission, et sont à la disposition du gouvernement (art. 78 et 79).]]

Ainsi se trouvent définis les crimes et délits auxquels le code pénal a appliqué la dénomination de *militaires;* ainsi l'article 5 reçoit une indispensable explication. Dans une théorie rationnelle, répétons-le, les délits sont limités aux infractions à la loi militaire, et telle a été aussi l'intention des rédacteurs du code pénal : les discussions préparatoires du conseil d'Etat l'attestent ; le vœu exprimé au procès-verbal de ce conseil d'une réforme de la législation militaire sur de nouvelles bases, en est la preuve certaine. Mais cet espoir est resté stérile : la distinction tutélaire des délits *militaires* et *communs,* vainement essayée en 1808, est demeurée sans application. Il faut

[1] Ord. du 2 janv. 1817.

[2] Cass. 4 fév. 1832, Bull. n° 39.

[3] L. 22 août 1790, et déc. 12 nov. 1826.

dire, comme nous l'avons fait en commençant ce chapitre, que, d'après les lois en vigueur, les délits militaires sont tous ceux que la loi défère à la juridiction militaire.

Et cependant, après avoir enlevé aux deux juridictions leurs limites naturelles et précises, le législateur, qui déférait aux tribunaux militaires des délits communs, a été contraint de se reporter aux pénalités communes pour les réprimer. De là tant de dispositions successives qui prescrivent aux juges militaires d'appliquer les peines portées dans la loi commune, dans le code pénal, à tous les cas que la loi militaire n'aura pas prévus [1]. Etrange contradiction, par laquelle le législateur reconnaît à la fois le caractère commun des délits, et les livre aux tribunaux exceptionnels!

De là il résulte, en définitive, que l'article 5, qui déclare les dispositions du code inapplicables aux délits militaires, ne doit pas être entendu en ce sens que ces dispositions seront appliquées par les tribunaux ordinaires seuls; car la loi elle-même en provoque l'application par les tribunaux exceptionnels.

Cette application a fait naître, du reste, quelques questions graves: elles seront examinées dans la suite de ce livre.

[1] Déc. 3 pluv. an XI, tit. 13, art. 18. L. 21 brum. an V, art. 22; 1 mai 1812, art. 10.

CHAPITRE V.

DES PEINES.

40. La nécessité des peines dépend de leur efficacité. Cette efficacité forme, avec la criminalité morale du délit et le péril social que ce délit entraîne, les trois conditions de la justice pénale : les unes doivent se rencontrer dans les actions qu'elle condamne ; l'autre dans les châtiments qu'elle inflige. Les peines sont efficaces lorsqu'elles atteignent le but que la justice humaine se propose en les prononçant.

Quel est ce but? Cette question fondamentale de tout système pénal, et que la loi elle-même devrait trancher peut-être pour fixer les interprétations et faire connaître la fin qu'elle se propose, a été jusqu'ici diversement résolue. Les publicistes, trop préoccupés par des systèmes, ont assigné aux peines légales un objet différent, sui-

vant les théories qu'ils voulaient établir. Bentham, entraîné par cette idée que la pensée dominante des peines est l'utilité générale, enseigne que leur but principal est la prévention des délits ou l'intimidation. Le châtiment est, d'après cette théorie, un sacrifice indispensable pour le salut commun; le mal qu'il produit doit être considéré comme une défense que fait l'État en vue d'un profit. Ce profit, c'est la prévention des crimes [1].

On ne prétend point assurément dénier à la peine son caractère d'exemplarité; mais peut-on lui imprimer ce caractère aux dépens du coupable, aux dépens de la justice? Peut-on imposer à un individu la souffrance et la mort pour l'édification de ses semblables? Si l'intimidation était le but principal des châtiments, la loi aurait pour tendance nécessaire d'effrayer, d'épouvanter par ses peines. Les mesures les plus excessives seraient celles qu'elle devrait préférer; peu lui importerait qu'elles fussent injustes.

M. Charles Lucas, dans l'exposé de son système pénal, attribue à la peine un autre but, la réforme du condamné [2]. Cette réforme est, aux yeux de ce criminaliste, le caractère essentiel et fondamental de la répression. La législation pénale reçoit, pour ainsi dire, sa sanction du système pénitentiaire. C'est ainsi qu'il propose d'élargir le condamné lorsque sa régénération morale est suffisamment présumée; car, dans ce cas, il suppose que la justice l'a mal apprécié : le contrôle de l'expérience doit rectifier cette erreur. La mesure de la peine dépend en quelque sorte du condamné lui-même, qui peut en abréger la durée et en modifier l'exécution par sa conduite.

Nous nous hâtons de reconnaître qu'une peine impuissante à produire aucun amendement dans les condamnés serait en général une peine défectueuse; mais autre chose est de voir dans cet amendement

[1] Théorie des peines, p. 15 et 195.

[2] Du système pénal, p. 213, 272, 308. On retrouve cette opinion dans les anciens auteurs : « Le premier objet des lois, disent Jousse et Muyart de Vouglans, est de corriger les coupables que l'on punit. » Traité de la justice criminelle, préf. ij; Lois crim., p. 39.

l'un de ses effets nécessaires, autre chose est d'y placer son objet principal. L'amendement du condamné est précieux en ce qu'il garantit l'avenir; mais suffit-il pour expier le passé? La peine est une réparation solennelle due à la société. Cette dette du coupable envers la justice humaine peut-elle complétement se payer avec du repentir ou des regrets? Et comment constater la véracité des promesses, la sincérité des larmes? Comment s'assurer que la régénération ne s'est pas bornée à effleurer les habitudes extérieures, qu'elle est descendue dans le cœur, qu'elle sera durable? Il n'est point donné à la justice humaine de sonder le fond des consciences.

La théorie qui repose sur la loi morale, et que M. Rossi a développée avec tant de sagacité, reconnaît à la peine un but tout différent et plus élevé : la rétribution du mal pour le mal, l'expiation du délit. Ce n'est plus, sous ce point de vue, un mal infligé dans une utilité générale, afin de produire sur le public une certaine impression, ou de régénérer un coupable corrompu; c'est une punition infligée par la justice pour réparer le mal du délit [1].

L'application de cette théorie peut soulever des difficultés que nous avons déjà exposées. Toute pénalité qui a l'expiation pour but repose sur plusieurs éléments, qui sont l'intention de l'agent, le rapport de l'acte avec la loi morale enfreinte, enfin un mal correspondant au degré de criminalité de l'agent et de l'acte : or la justice humaine a-t-elle les moyens de saisir avec exactitude l'intention? peut-elle remonter, dans tous les cas, et avec certitude, jusqu'à la loi morale? enfin, même en supposant ces nuages dissipés, ne sera-t-elle pas inhabile encore à traduire dans une peine exactement correspondante la criminalité de l'acte inculpé? On doit le dire : la conscience est disposée à accueillir cette mission élevée et presque religieuse du châtiment; elle aimerait à reconnaître dans les actes de la justice humaine une empreinte de sa divine origine; elle se plairait à l'entendre invoquer les mêmes lois que la justice providentielle; mais l'imperfection de ses moyens d'application vient répandre quelque incertitude

[1] Traité du dr. pén., t. 1, p. 218 et 219.

sur ce but de la répression ; il ne suffit pas que la justice se proclame une mission, il faut qu'elle puisse l'accomplir; et, suivant l'aveu de M. Rossi lui-même [1], faute de quantités certaines et de données fixes, le problème est encore à résoudre.

Sénèque, en reprenant les idées de Platon, avait donné à la loi pénale le triple but de réformer, d'instruire et d'intimider : « *In vindicandis injuriis, hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque debet, ut eum quem punit emendet, aut ut pœna ejus cæteros reddat meliores, aut ut sublatis malis securiores cæteri vivant* [2]. » [[Il est certain, en effet, que la peine doit avoir ces trois conséquences : elle doit corriger, elle doit intimider, elle doit assurer la sécurité publique. Mais il ne faut pas confondre les effets de la peine avec sa fin.]]

A nos yeux, l'intimidation, la réforme ou l'expiation ne sont point, à proprement parler, le but du châtiment, mais bien des moyens de l'atteindre. Et, en effet, la fin de toute pénalité est le maintien de l'ordre dans la société, la protection du droit. Tous les systèmes divergents viennent se confondre dans ce principe commun. C'est vers cette fin de la peine que tendent à la fois, et par des efforts instantanés, l'intimidation qu'elle inspire, l'expiation qu'elle proclame, la réforme qu'elle s'efforce d'opérer.

Ainsi la crainte de la peine protége l'ordre social en agissant sur les hommes qui, assez corrompus pour n'être pas retenus par la seule immoralité du délit, calculent et mettent en balance le plaisir qu'il peut leur procurer et le mal du châtiment; la réforme, en enlevant au coupable lui-même le désir de commettre un nouveau délit; l'expiation, si elle est possible, en donnant satisfaction à la conscience publique, en proclamant comme un haut enseignement le mal et sa réparation, le crime et sa punition. Mais tous ces moyens d'action sont renfermés dans la même peine ; ils concourent à la rendre effi-

[1] Traité du dr. pén., t. 3, p. 102.

[2] De clementiâ, lib. 1, cap. 22; et De irâ, lib. 1, cap. 16, et lib. 2, cap. 31.

cace ; ils lui prêtent leur force ; ils gravitent vers l'accomplissement de sa mission, qui est la conservation de la société.

41. Il suit de là que la peine, pour atteindre son but social, doit nécessairement produire les effets divers que lui donnait Sénèque, et qui sont de réformer, d'instruire, d'intimider. La peine la plus propre à assurer ce triple effet est donc la plus efficace ; ses premières qualités sont donc d'être *exemplaire*, *réformatrice*, *instructive* : exemplaire, en produisant un mal sensible à tous les yeux, et dont l'impression puisse intimider et retenir ceux qui seraient portés à imiter le coupable ; réformatrice, en régénérant le caractère et les habitudes vicieuses du condamné ; instructive, soit par son analogie avec le délit, en infligeant un mal qui soit dans une juste proportion avec sa gravité, soit par son autorité légale, en entretenant et fortifiant dans les âmes la conviction de la perversité des actes qu'elle punit. C'est par là surtout qu'elle en détourne les peuples, et qu'elle devient, dans le vrai sens de ce mot, exemplaire.

Mais ce ne sont pas là les seules propriétés que les peines doivent posséder. Il faut encore qu'elles soient — *personnelles* : le châtiment ne doit frapper que l'auteur du crime. Trop souvent il blesse indirectement la famille du coupable ; l'amende la plus légère diminue son revenu ; l'emprisonnement peut être sa ruine. Le devoir du législateur est de restreindre ces effets indirects dans les limites les plus étroites, par le choix de ses peines. — *Divisibles*, c'est-à-dire susceptibles de plus ou de moins, soit en intensité, soit en durée. Les nuances de la culpabilité sont infinies ; il faut que la peine, souple et variée, puisse grandir et se proportionner avec elle. Les peines indivisibles ne peuvent correspondre aux différents degrés de l'échelle des délits ; elles sont excessives ou inefficaces. — *Égales et certaines* : la peine doit emporter la privation d'un bien ; mais ce bien devrait avoir la même valeur à l'égard de tous. Cependant l'inégalité et l'incertitude sont inhérentes à la plupart des applications pénales. Existe-t-il deux prévenus qui soient placés dans les mêmes circonstances, dont l'âme, empreinte de la même sensibilité, soit au même degré accessible à la honte, aux regrets, à la souffrance ? La même peine les frappe inéga-

lement ; le mal qui effleure l'un pénètre l'autre au cœur. C'est à la loi à donner des degrés à ses peines, au juge à les graduer d'après la sensibilité qu'il rencontre dans l'agent. Enfin *réparables :* la justice humaine n'est point infaillible ; les peines dont elle dispose ne devraient donc point être irréparables. Mais l'objection tirée de cette qualité des peines ne s'applique complétement qu'à la peine de mort.

Tels sont les différents caractères que les peines doivent plus ou moins réfléchir pour remplir leur mission de justice et de conservation. Cette énumération, dont nous avons emprunté la forme analytique à Bentham, n'est point un travail superflu. Comment, en effet, porter un jugement sur les peines, sans bien connaître d'abord les qualités qu'elles doivent posséder? Comment se déterminer dans leur choix sans raisons claires et distinctes? Il reste encore à examiner dans quelle proportion les peines doivent être infligées.

Tous les criminalistes répètent cette maxime de la loi romaine : *Pœna debet commensurari delicto* [1] ; mais il faut avouer avec Bentham [2] que, renfermée dans des termes aussi généraux, elle est plus édifiante qu'utile. Il faudrait expliquer quelle est cette proportion de la peine avec le délit, et d'après quelle règle à tel délit on doit appliquer telle mesure de la peine. Le même publiciste pose en principe que le mal de la peine doit surpasser le profit du délit ; et de là il déduit comme des corollaires : que, si l'acte fait supposer une habitude, la peine doit être assez forte pour atteindre les actes mêmes présumés du délinquant ; que plus un délit est nuisible, plus on peut hasarder une peine rigoureuse pour la chance de le prévenir, etc.

Mais d'après quelle base déterminer le profit d'un délit? D'après quels rapports établir une peine supérieure à ce profit? Ce système,

[1] L. 11, ff. *de pœnis*. — On lit également dans la loi 1, cod. Théod., *de crim. peculati* : « *Placuit tam severam animadvertendi esse censuram, ut par pœna possit flagitiis inveniri et condignis nefas cruciatibus expiare.* »

[2] Théorie des peines, p. 23 et 24.



qui tend à réduire à un calcul matériel la science de la législation, ne repose lui-même que sur des données plus ou moins vagues et insaisissables. N'est-il pas à craindre ensuite que pour combattre, comme l'eût dit Bentham, l'espérance du profit par la crainte de la perte, le législateur n'entre dans la voie dangereuse de l'exagération des peines? Les premières conséquences que le publiciste fait découler de son principe ne sont-elles pas elles-mêmes la preuve de cette tendance irrésistible?

Nous retrouvons dans les autres systèmes la même difficulté d'application. La peine doit, suivant M. Rossi, se proportionner à la nature du devoir violé et à la moralité de l'agent; mais comment apprécier avec exactitude dans chaque prévenu ces deux éléments? « Le rapport de la peine avec le délit, répond ce publiciste, est une vérité d'intuition ; elle ne se démontre pas. C'est la notion du bien et du mal, du juste et de l'injuste, qui s'applique au fait de l'expiation ; c'est dans la conscience seule que nous pouvons en trouver la juste application ; c'est elle qui doit nous indiquer la limite de la peine morale, de cette peine que la justice sociale ne doit jamais dépasser [1]. » Cette limite, on ne peut le méconnaître, est bien vague et bien incertaine; comment nous assurer que les jugements de la conscience nous ont conduits à une appréciation vraie? La passion, les intérêts, les préjugés, ne peuvent-ils à notre insu en altérer le résultat?

Néanmoins on peut admettre, dans l'absence d'un principe plus précis, que ces jugements de la conscience se révèlent à l'égard de certains faits, empreints d'une naïveté, environnés d'une unanimité, qui les revêtent du caractère de la vérité même. Cette sorte de sanction populaire, quand elle a pour objet l'application d'une peine, doit servir de point d'appui au publiciste ; c'est l'expression formulée de la conscience humaine; c'est l'axe sur lequel doit reposer tout le système pénal. C'est ensuite par analogie, c'est par induction de ce fait à d'autres faits, qu'il pourra découvrir, sinon avec une complète exactitude, du moins par approximation, les limites de la puissance

[1] Traité de dr. pén., t. 3, p. 102.

pénale à l'égard de chaque délit. La pénalité doit donc être mesurée sur la gravité intrinsèque du délit, mais elle doit l'être à la fois sur l'impulsion criminelle qui porte à le commettre; car le nombre des délits révèle la force du péril social et de la résistance qu'il convient d'y opposer. Mais cette gradation ne doit jamais être établie de manière à ce que le châtiment paraisse à la conscience disproportionné avec le fait punissable. C'est à ces règles, trop vagues peut-être encore, que se réduisent toutes les théories sur la mesure des peines.

Nous allons faire l'application de ces principes généraux à l'examen successif de chacune des pénalités du code.

42. La première disposition que nous rencontrons dans ce code est la distinction des peines afflictives et infamantes, des peines simplement infamantes, et des peines correctionnelles. Cette distinction, qui a été puisée dans l'ancienne législation, avait été critiquée par Beccaria [1].

Elle fut contestée dès la discussion du code pénal au conseil d'État. On lit en effet dans les procès-verbaux de cette discussion que l'un des conseillers (M. Regnault) proposait de se borner à énumérer les peines : « toute peine, ajoutait-il, étant infamante en matière criminelle. » Cette proposition fut repoussée par M. Régnier, qui soutenait qu'il n'y a de peines infamantes que celles auxquelles la loi donne ce caractère. M. Corvetto et M. Berlier répliquèrent que l'opinion peut n'être pas toujours d'accord avec la loi sur ce point, et que la distinction était au moins inutile; mais elle fut néanmoins maintenue, sur l'observation de M. Merlin, que la constitution n'attachait qu'aux seules peines infamantes la privation des droits politiques [2].

La révision du code en 1832 ne l'a point effacée : on craignait de faire cette révision trop profonde, d'attaquer les bases mêmes du code; mais aucune voix ne s'est élevée pour contredire M. Decazes, lorsqu'il a dit à la chambre des pairs [3] : « C'est ici qu'il y aurait

[1] Traité des délits et des peines, § 18.

[2] Séance du 4 oct. 1808, procès-verbaux; Locré, 29, p. 109.

[3] Code pénal progressif, p. 92.

lieu de traiter cette grave question de savoir si le code a sagement fait d'établir la distinction des peines infamantes et des peines correctionnelles; si c'est une sage disposition du législateur que celle qui outrage les individus qu'elle frappe, qui les déclare infâmes alors que l'infamie n'est pas toujours attachée par l'opinion au crime dont ils se sont rendus coupables, surtout quand il s'agit de crimes politiques, que l'opinion ne frappe pas de la réprobation d'infamie. Il eût été plus rationnel de faire disparaître cette distinction de peines infamantes et de peines non infamantes, distinction que la loi fait vainement, puisque l'opinion publique ne la sanctionne pas toujours, et qu'en politique les actions changent de nature suivant les époques et les gouvernements, et que telle action réputée crime sous tel régime attire des récompenses sous le gouvernement suivant. »

M. Rossi, dont nous aimons à rappeler les vues élevées, a dit également : « En songeant aux moyens de punition qu'on appelle peines infamantes, la première idée qui se présente à l'esprit est de demander : Existe-t-il telle chose qu'une peine infamante[1] ? » En effet, la conscience publique comprend et juge l'immoralité des actions, et elle apprécie mieux que la justice pénale leur valeur relative, les nuances qui doivent leur faire encourir l'éloge ou le blâme. Or, de deux choses l'une : ou l'opinion publique, flexible à l'impulsion de la loi, déclarera avec elle infâme l'auteur de ses actes; ou, comme il est arrivé maintes fois, surtout en matière politique, le peuple entourera de ses hommages celui que le juge a noté d'infamie, et voilera sa flétrissure par des couronnes. Dans le premier cas, le législateur fait une chose immorale et dangereuse, en aggravant la mesure du blâme qui est dû aux actes qu'il punit, en troublant par l'influence qu'il exerce les notions vraies et instinctives de la conscience publique. Dans la seconde hypothèse, il fait un acte inutile, qui n'est propre qu'à décrier la loi elle-même, et à jeter le mépris sur ses dispositions.

Si les peines, même simplement correctionnelles, sont méritées,

[1] Traité de dr. pén., t. 3, p. 189.

ne sont-elles pas, aux yeux du public et des juges, des peines infamantes? A la vérité, il y a divers degrés dans l'infamie; mais ces degrés ne sont susceptibles d'aucune appréciation rigoureuse; ils varient selon les idées que chacun se fait de la moralité des personnes ou de la nature des devoirs sociaux, suivant des sentiments moraux qui ne se laissent point gouverner au gré de la loi positive. « Toutes les peines, a dit M. Charles Comte, quand elles ne privent pas de la vie, sont afflictives et correctionnelles, et toutes les actions qui méritent châtiment sont plus ou moins infamantes [1]. »

43. Remarquons, au reste, que cette distinction entre les peines a un effet bizarre : c'est de faire rejeter l'infamie sur la forme du jugement, sur l'application de la pénalité, et non sur l'action elle-même; c'est de la faire dépendre non du fait intrinsèque du crime, mais du fait extérieur de la peine. Cependant la honte est dans le délit; elle ne peut être ailleurs. Le législateur ne peut s'en rendre dispensateur officiel.

Enfin la peine infamante, perpétuelle de sa nature, brise violemment tous les liens qui unissaient le condamné à la société; elle le sépare de cette société par une barrière insurmontable. Quel espoir peut nourrir encore celui qui a été déclaré infâme par un jugement? L'un des résultats les plus funestes est de détruire dans le condamné toute espérance de réformation. « L'infamie, a dit Bentham, quand elle est portée à un haut degré, loin de servir à la correction de l'individu, le force, pour ainsi dire, à persévérer dans la carrière du crime. C'est un effet presque naturel de la manière dont il est envisagé par la société. Sa réputation est perdue; il ne trouve plus de confiance ni de bienveillance; il n'a rien à espérer des hommes, et par conséquent rien à craindre; son état ne saurait empirer. S'il ne peut subsister que de son travail, et que la défiance et le mépris général lui ôtent cette ressource, il n'en a pas d'autres que de se faire mendiant ou voleur [2]. »

[1] Considérations sur le pouvoir judiciaire, p. 93.

[2] Théorie des peines, t. 1, p. 127; et M. Livingston, Report on the plan of a penal code, p. 21.

Les peines infamantes ne renferment point, du reste, les principales propriétés que les peines doivent en général posséder pour atteindre leur but. Elles sont *immorales*, puisqu'elles élèvent un obstacle à peu près invincible à la réforme du condamné; *indivisibles*, puisqu'elles ne permettent pas de distribuer le blâme suivant le degré et les nuances de la criminalité; *inégales*, puisque, légères pour les uns, pour les autres elles sont accablantes; *irréparables* enfin, puisqu'elles empreignent le condamné d'une indélébile flétrissure. A la vérité, elles sont *exemplaires;* mais le législateur doit-il acheter cet effet aux dépens de la morale et de l'humanité?

Nous poserons donc, comme une première règle, qu'il ne doit point exister de peines infamantes proprement dites; qu'en général les peines afflictives doivent être *correctionnelles ;* en un mot, que la loi doit se borner à dresser l'échelle de ses peines, à en faire l'énumération, en laissant à l'opinion publique la mission de distribuer l'infamie sur les actions qu'elle punit. Cette règle est devenue élémentaire.

44. Au premier degré de l'échelle pénale nous trouvons la peine de mort.

Les longues discussions que l'emploi de cette peine a soulevées ne sont ignorées de personne. Il n'entre point dans le plan de cet ouvrage de reprendre une controverse à peu près épuisée, et de reproduire des argumentations tant de fois reproduites [1]. Une tâche

[1] *Voyez* Des délits et des peines, par Beccaria, chap. 16; Commentaire du Traité des délits et des peines, par Voltaire; Principes des lois, de Mably; les Lois pénales, t. 1, 2e part., par M. de Pastoret; Théorie des lois criminelles, par Brissot-Warville; Dissertation sur la peine de mort, par M. Nicolas Pinel; le Rapport de Lepelletier-Saint-Fargeau sur le code pénal de 1791; Théorie des peines de Bentham; Théorie du code de 1810, par M. Target; de la Peine de mort en matière politique, par M. Guizot; du Système pénal, par M. Charles Lucas; le Rapport au Sénat de la Louisiane, par Edw. Livingston; le Traité du droit pénal de M. Rossi; M. Faucher, *Temps* de 1830; M. Urtis, de la Conservation de la peine de mort; les discussions des chambres, Code pénal grogressif, p. 79; etc., etc.

nouvelle est imposée : c'est de constater l'état de cette haute question; c'est de la présenter telle que la science, l'opinion publique et la législation l'ont faite ; en un mot, de dévoiler les circonstances actuelles dans lesquelles elle se produit.

La question a souvent changé de face. Beccaria, qui le premier la souleva, avait nié le droit de la société de mettre l'un de ses membres à mort, parce qu'à ses yeux la société avait un contrat pour principe : or, disait-il, quel est celui qui aurait voulu céder à autrui le droit de lui ôter la vie? Comment supposer que, dans le sacrifice que chacun a fait de la plus petite portion de liberté qu'il ait pu aliéner, il ait compris le plus grand des biens [1]? Nous avons vu précédemment que cette hypothèse était chimérique ; mais, en l'admettant même, les déductions que Beccaria en tire n'étaient point irrésistibles. Nous ne nous arrêterons pas à la réponse de Rousseau, qui a prétendu que les malfaiteurs devaient être mis à mort par le droit de la guerre, parce qu'ils s'étaient déclarés les ennemis de la société par leurs forfaits [2]. Cet écrivain a pris le soin de se réfuter lui-même, lorsqu'il a dit : « On n'a le droit de tuer l'ennemi que quand on ne peut le faire esclave [3]. » Mais Filangieri avait répondu, avec plus de sagacité, que tous les hommes ayant dans l'état de nature le droit de punir la violation des lois naturelles, et d'ôter par conséquent la vie au transgresseur, ce droit avait été transmis à la société elle-même, et déposé entre les mains du pouvoir social [4].

La discussion s'est transportée sur un autre terrain. On a dit : La peine de mort est illégitime ; l'homme a un droit personnel à l'existence, et ce droit est inviolable.

Deux arguments principaux ont été opposés à cette théorie.

La justice sociale est un devoir, et la peine en est un élément, un moyen nécessaire, et par conséquent légitime. La peine est une

[1] Traité des délits et des peines, ch. 16.
[2] Contrat social, liv. 2, ch. 5.
[3] *Ibid.*, liv. 1, ch. 4.
[4] Liv. 3, p. 11, ch. 5.

souffrance, la privation d'un bien. Tout bien peut offrir matière de pénalité. Le bien qu'enlève la peine capitale est la vie corporelle. Quels sont donc les motifs particuliers qui rendraient illégitime en soi ce moyen de punition? « En supposant, ajoute M. Rossi [1], que la mort d'un homme coupable d'assassinat soit le seul moyen d'atteindre le but que le devoir impose à la justice sociale, comment affirmer que le bien de l'existence ne pourra être enlevé à l'assassin? »

En second lieu, si l'homme avait à l'existence un droit personnel qui fût inviolable, comment concilier cette théorie absolue avec l'unanime assentiment des peuples, qui, dans tous les siècles, à toutes les époques soit de civilisation, soit de barbarie, n'ont point hésité à admettre la peine de mort, n'ont point été troublés de son appareil et de son exécution? Ce fait inébranlable a résisté à toutes les tempêtes politiques, à toutes les transformations sociales. Il a suivi les peuples dans leurs migrations; tous les cultes l'ont reconnu sans le combattre; les progrès de l'intelligence, le développement moral de l'humanité ne l'ont point détruit. La peine de mort n'a jamais été abolie au sein d'un peuple d'une manière complète et permanente. Comment donc, en présence de l'histoire, accuser la société d'assassinats juridiques? Comment flétrir la peine comme illégitime, lorsqu'on ne fait entendre ni le cri de la conscience, ni le frémissement de la réprobation publique?

La doctrine de l'illégitimité a été à peu près abandonnée; mais ses partisans sont entrés dans une autre voie d'argumentation : ils ont soutenu que la peine de mort, fût-elle dans le droit de la société, devait être abolie, parce que cette peine était inefficace, parce que, quelle que fût son efficacité, elle avait cessé d'être nécessaire. Suivons-les sur ce nouveau terrain.

« Que demandons-nous? s'écrie M. Livingston. Que vous abandonniez une expérience imperturbablement suivie depuis cinq ou six mille ans, modifiée de toutes les manières et sous toutes les formes qu'a pu inventer le génie de la cruauté dans tous les âges, et qui a

[1] Traité du droit pénal, t. 3, p. 143.

toujours manqué son effet. Vous avez fait votre essai : il a été accompagné d'une dévastation incalculable de l'espèce humaine, d'une dégradation affligeante de l'entendement humain; il a été trouvé souvent fatal à l'innocence, fréquemment favorable aux criminels, toujours impuissant pour réprimer le crime. Vous avez à votre gré et sans obstacle poursuivi l'œuvre de la destruction, toujours témoins de la progression des crimes, et toujours supposant qu'une progression de sévérité était le seul moyen de les réprimer. Mais comment se fait-il que, n'apercevant, malgré tout, nul relâche dans la répétition, nulle diminution dans le nombre des crimes, il ne vous soit pas venu une seule fois dans l'esprit que la douceur pourrait réussir peut-être où avait échoué la sévérité [1]. »

Sans vouloir affaiblir l'effet de ces éloquentes paroles, nous nous permettrons quelques explications. Sans doute on peut soutenir avec fondement, en s'étayant des témoignages de l'histoire, que là où les supplices les plus cruels ont existé, les crimes les plus atroces se sont manifestés. Car, ainsi que le remarque Bentham, les malfaiteurs s'endurcissent à la pensée du sort qui les menace, et leurs actes les plus effroyables de barbarie ne sont alors que des représailles. Mais peut-on attribuer à la seule peine de mort une progression dans les crimes, progression qui du reste pourrait être fort contestée? Cette assertion serait sans doute hasardée. En général les délits n'ont point varié à raison des peines, mais à raison des mœurs et des temps. Nous ne savons si la suppression de la peine de mort les rendrait plus nombreux ou plus terribles, et nous attendons avec un vif intérêt le résultat des essais que M. Livingston a tentés à la Louisiane. Mais il nous est difficile d'admettre que l'application de cette peine soit comme une semence féconde de crimes et que de l'échafaud même descendent les attentats qui l'ont fait dresser.

Nous ne pouvons non plus adopter cette opinion du même publiciste, que la peine de mort est méprisée des criminels. C'était aussi l'opinion de Lepelletier de Saint-Fargeau, lorsqu'il disait dans son

[1] Introductory report on a penal code, p. 97.

rapport à l'assemblée constituante : « Les grands criminels ont toujours de commun avec les plus vertueux des hommes, les héros même, le mépris de la mort[1]. » Les faits isolés que l'on cite à l'appui de cette assertion nous touchent peu ; cette peine est la plus redoutée, et elle doit l'être, c'est une loi de la nature humaine. Toutefois on doit remarquer que, toute-puissante lorsque l'intérêt est le seul mobile du crime, son pouvoir s'affaiblit quand ce crime est le fruit des passions, et qu'il devient plus faible encore, quand ce sont des idées qui ont mis les armes à la main, comme en matière politique.

Elle a d'autres avantages : elle ôte le pouvoir de nuire; elle est *analogue au délit* dans le cas d'assassinat ; enfin elle est *exemplaire* par son formidable appareil, et par l'impression qu'elle laisse dans les esprits. Mais, à côté de ces avantages, on peut lui reprocher d'être *inégale, indivisible* et *irréparable.* Elle est *inégale :* excessive pour les uns, pour d'autres elle est presque nulle ; et c'est à mesure qu'elle sévit sur la classe la plus dépravée et la plus redoutable des malfaiteurs, que son action est souvent faible et incertaine. Elle est *indivisible : maximum* immuable, elle s'applique à des crimes variés et distincts les uns des autres ; elle confond toutes les nuances, toutes les gradations du crime dans une même punition. Enfin elle est *irréparable.* « Ici, dit M. Rossi, viennent échouer tous les raisonnements de ceux qui osent encore l'appliquer à un grand nombre de crimes, aux crimes difficiles à constater[2]. » Et M. de Pastoret s'écrie : « Ai-je besoin de rappeler la faillibilité de l'homme, l'incertitude des preuves, les erreurs des jugements? La justice peut retrouver le coupable fugitif, elle ne retrouve pas l'innocent égorgé[3]. »

N'est-il pas déjà permis de conclure, sans entrer dans de plus grands développements, que si la peine de mort peut entraîner, en cas d'erreur, de déplorables effets, que si cette peine est défectueuse,

[1] Moniteur de 1791, n° 152, p. 630.
[2] Traité de droit pénal, t. 3.
[3] Des lois pénales, t. 1, 2e part.

sous d'autres rapports du moins son efficacité répressive ne doit pas être mise en doute? Arrivons au dernier point de cette grave controverse; la question va prendre une face nouvelle : ce n'est plus la puissance ni la légitimité de la peine que l'on conteste, c'est sa nécessité.

On reconnaît que la société est soumise aux idées de chaque époque ; les vérités sociales ne lui arrivent qu'une à une, et sa conscience est en sûreté tant qu'elle se conforme à l'idée universellement admise. Ainsi, tant que la nécessité de la peine de mort sera son dogme, elle pourra appliquer cette peine sans blesser les lois de la morale. Mais cette nécessité peut se modifier avec les temps, avec les peuples; il est évident qu'elle n'est pas la même aux époques de barbarie et aux époques de civilisation, chez les nations éclairées et chez celles qui sont encore dans les ténèbres de l'ignorance, enfin dans les pays puissants et populeux, et dans ceux dont les frontières forment un cercle de quelques lieues.

Or c'est une règle qui n'est plus contestée par personne, que la peine de mort est un moyen de justice extrême, dangereux, dont on ne peut faire usage qu'avec la plus grande réserve, et seulement en cas de véritable nécessité [1]. C'était aussi l'opinion de Montesquieu, qui la considérait comme le remède de la société malade, et la voulait réserver aux seuls attentats contre la vie [2]. L'abbé de Mably, l'un des plus zélés défenseurs de cette peine, disait également : « Il n'y a que deux coupables qui méritent la mort : l'assassin et celui qui trahit sa patrie [3]. »

Cela posé, on s'est demandé s'il est bien certain que dans l'état actuel de la société, qu'au degré de civilisation où elle est parvenue, la peine capitale soit indispensable à son existence, à sa sécurité ; s'il est bien constaté que ce soit encore là, suivant l'expression de M. de Maistre, le pivot sur lequel elle se meut ; s'il est prouvé que,

[1] M. Rossi, t. 3, p. 163.
[2] Esprit des lois, liv. 12, ch. 4.
[3] Principes des lois, liv. 3, ch. 4.

dénuée de cette arme terrible, elle deviendrait la proie d'attentats plus violents, de crimes plus atroces; enfin, si les peines ne peuvent pas sans danger devenir moins sévères lorsque les mœurs s'adoucissent, et que l'aisance générale y rend les hommes plus sensibles.

Placée à ces termes, la question tombe dans le domaine du fait. Le publiciste doit en chercher la solution dans l'étude approfondie des faits moraux, dans l'analyse des intérêts, des passions ou des idées qui produisent les crimes capitaux; dans ces solennelles enquêtes chaque jour ouvertes devant les cours d'assises; dans ce sentiment intime du public, expression de la conscience de tous, qui juge les actions criminelles et leur assigne des peines analogues; enfin, dans les effets des châtiments eux-mêmes sur les condamnés. Les utiles travaux de la statistique criminelle donneront un point d'appui nouveau, une base plus solide à cette discussion : les annales de cette statistique, publiées jusqu'ici, révèlent une tendance visible à restreindre l'emploi de la peine capitale, même à l'égard des crimes les plus horribles; et, d'un autre côté, le nombre de ces crimes n'a point augmenté à raison de cet adoucissement des châtiments. Ces deux faits également graves, l'un comme expression de la conscience publique, l'autre de l'état de la moralité, ne reposent point encore sur une assez longue expérience; il faut que des années les reproduisent dans la même proportion, pour que le publiciste soit fondé à en inférer que la société peut se désarmer sans péril, et que sa sûreté ne sera pas compromise par la suppression de l'échafaud.

Résumons ces diverses considérations. La peine de mort n'est point en elle-même une peine illégitime; elle est dans le droit de la société; mais ce droit est soumis, dans son exercice, à deux conditions, son efficacité et son actuelle nécessité. L'efficacité de la peine de mort, à l'égard d'une certaine classe de crimes, ceux dont le motif est dans l'intérêt et quelquefois même dans la passion, est incontestable; mais alors même son application peut exciter de terribles regrets. Enfin sa nécessité actuelle est vivement attaquée; et il faut avouer que des faits graves, des circonstances nouvelles prêtent à ces attaques une force grandissante. Le doute s'est emparé de beaucoup

d'esprits ; mais le législateur, avant d'accorder la suppression définitive, doit attendre qu'elle puisse s'allier avec la sécurité de tous, qu'elle soit adoptée par les mœurs ; il ne peut pas devancer la société, il ne peut que la suivre.

45. Reprenons maintenant la législation.

Lors de la discussion du code pénal de 1791, plusieurs orateurs réclamèrent avec chaleur l'abolition de la peine de mort : l'opinion contraire prévalut ; cependant cette discussion dut laisser quelques traces, car nous trouvons, peu d'années après, une loi ainsi conçue : « A dater du jour de la publication de la paix générale, la peine de mort sera abolie dans la république française [1]. »

La paix arriva, mais la promesse resta vaine. Une loi nouvelle du 8 nivôse an X déclara que « la peine de mort continuerait d'être appliquée dans les cas déterminés par les lois, jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné. »

Les procès-verbaux des délibérations du conseil d'État, qui préparèrent le code pénal, ne font mention d'aucune discussion à ce sujet. M. Target fut seulement chargé d'en établir le principe. « La peine de mort est-elle légitime ? est-elle nécessaire ? Ces deux questions n'en font qu'une. Sans nécessité, cette peine ne serait pas légitime ; et, si elle est nécessaire, la légitimité en est incontestable... La peine de mort, en attendant des temps plus heureux, est encore nécessaire ; et si elle l'est, loin de blesser l'humanité, elle la sert, en conservant la vie à tous ceux que le scélérat aurait immolés encore, à plusieurs de ceux qui seraient tombés victimes de forfaits semblables [2]. » Ce jurisconsulte avait cependant posé quelques limites à son application ; mais elles furent reculées dans la discussion, et cette peine fut même prodiguée à des délits d'un ordre secondaire. Le remède naquit de l'excès même du mal. La répugnance des jurés à envoyer à l'échafaud des accusés qui ne leur semblaient pas mériter une telle peine, fonda la doctrine de l'omnipotence ; doctrine perni-

[1] Loi du 4 brumaire an IV, art. 1.
[2] Observations préliminaires, Locré, t. 29, p. 9.

cieuse au fond, mais qui se produira avec une nouvelle force toutes les fois que les lois répressives cesseront d'être en harmonie avec l'opinion publique. La théorie des circonstances atténuantes n'a fait à peu près qu'enregistrer cette doctrine et lui donner un cours légal. Avant d'examiner ses résultats, n'omettons pas un fait important qui peut donner lieu à de sérieuses réflexions.

L'abolition de la peine de mort fut demandée, quelques mois après la révolution de 1830, par un député. Cette proposition, à laquelle la prévention qui planait sur la tête des ministres de Charles X donnait, à la vérité, un intérêt de circonstance, accueillie avec enthousiasme, fut adoptée, séance tenante, à l'unanimité. Le roi, auquel elle fut immédiatement portée, la reçut avec la même faveur; néanmoins elle n'eut aucune suite.

Le garde des sceaux s'exprimait en ces termes, en présentant la loi du 28 avril 1832: « Toutes les fois que l'on s'occupe de législation pénale, la question de l'abolition de la peine de mort est la première et la plus haute qui s'offre à la pensée. Réclamée par des publicistes et des philosophes, sollicitée dans une occasion malheureusement trop mémorable par la chambre qui vous a précédés, mise en pratique dans quelques pays, l'abolition de la peine de mort est un des vœux les plus ardents de beaucoup d'amis de l'humanité, qui sont divisés cependant sur les moyens de le satisfaire. Le projet de loi a été conçu dans la pensée qu'une abolition totale et immédiate n'est pas praticable. Il est des cas où les crimes sont à la fois si atroces et si dangereux, que de très-grands obstacles s'élèveraient dans la plupart des esprits contre l'adoucissement de la peine qui les frappe. Conservée pour des cas qui demeureront très-rares, maintenue dans la législation comme un épouvantail pour le crime, la peine de mort pourra peut-être disparaître plus tard, lorsque la suppression sera devenue en harmonie avec les mœurs publiques. Le projet de loi a pour objet de rendre beaucoup plus rare le recours à cette dernière et lamentable ressource de la société contre le crime. »

Le rapporteur de la commission de la chambre des députés est

allé plus loin [1] : « Votre commission n'a point soulevé la question de la légitimité de cette peine ; question redoutable, qui trouble la conscience et embarrasse la raison, mais que résout, contre les doutes de la philosophie et de l'humanité, la pratique de tant de peuples et de tant de siècles. Votre commission s'est associée de tous ses vœux aux efforts philanthropiques qui poursuivent l'abolition de cette peine. Mais l'intérêt même de cette cause sacrée, que le mauvais succès d'une tentative hasardée pourrait compromettre ; l'intérêt de la société, qu'on ne peut désarmer de sa protection la plus efficace, sans lui en avoir assuré une autre non moins énergique, quoique moins sanglante ; l'état du pays et des opinions, sur lequel la magistrature rend un témoignage unanime, tout nous a déterminés à penser qu'une abolition graduelle était seule raisonnable et possible. Et nous avons cru marcher assez avant dans cette voie par l'admission des circonstances atténuantes... »

Ces observations ne sembleraient-elles pas indiquer que déjà, dans l'esprit du législateur, l'abolition de la peine de mort est, sinon une pensée arrêtée, au moins un but lointain encore, mais vers lequel il marche ? Il la maintient dans des cas plus rares, mais comme un épouvantail, mais en émettant le vœu d'une prochaine abolition. Il conserve debout la menace, et semble promettre ses efforts pour qu'elle ne soit pas suivie d'effet. C'est enfin dans l'intérêt même de cette cause sacrée qu'il redoute une tentative hasardée ; il n'attend pour l'exécuter qu'une seule chose, c'est que l'expérience ait éprouvé un autre système pénal. C'est cette pensée du législateur, pensée d'incertitude et de doute, qui a formulé la théorie des circonstances atténuantes.

Cette théorie a des effets très-graves dans son application à la peine de mort. Le droit attribué au jury de déclarer, dans tous les cas, les circonstances atténuantes, et le résultat de cette déclaration, qui est d'abaisser nécessairement la peine d'un degré, revêtent en réalité ce jury d'un pouvoir immense, celui de laisser subsister ou

[1] Code pénal progressif, p. 81.

d'abolir à son gré la peine capitale. Ainsi la loi abdique sa puissance; le législateur se dépouille du droit de résoudre cette haute question sociale. C'est au tribunal de douze jurés que cette grande cause de la politique et de la philosophie vient se plaider. Selon leur conviction du moment, ils vont effacer la peine ou la maintenir. Le législateur l'a inscrite dans la loi, et reste inerte devant l'application ; c'est entre les mains des citoyens eux-mêmes qu'il dépose le glaive du bourreau.

Un tel système peut séduire au premier coup d'œil. Une question s'élève, grave, terrible ; elle préoccupe les esprits : le législateur s'abstient; il en abandonne la solution aux simples citoyens qui tour à tour sont appelés aux fonctions de jurés; il leur dit : « Écartez la peine de mort, si vous la croyez illégitime ou inutile; si vous la croyez indispensable et légitime, laissez appliquer la loi. » Ainsi c'est une véritable enquête, une enquête solennelle sur l'état de l'opinion publique relativement à cette question. La Statistique en proclamera les résultats.

Mais cette transaction entre le fait et le droit, entre la théorie et l'application, est-elle sans inconvénients? Le pouvoir exorbitant que le législateur abdique tombera-t-il toujours entre des mains habiles? Les jurés sont-ils assez haut placés pour juger des questions sous lesquelles palpite tout l'avenir social? Ne se laisseront-ils jamais dominer par des préjugés ou des lumières fausses et incomplètes? Ne peut-on pas craindre que la peine de mort ne reste dans la loi comme une arme abandonnée qui ne retrouvera son tranchant que dans les temps de haines et de passions? N'est-ce pas enfin trop compter sur les hommes que de leur livrer des peines faibles ou terribles, humaines ou sanglantes, suivant le caprice de leur volonté?

Les peines doivent être égales pour tous; or cette égalité ne subsiste plus lorsque le choix en est déféré au tribunal mobile de douze hommes pris au hasard dans la foule, et qui y rentrent après leur jugement, sans laisser de traces après eux, sans être enchaînés par une responsabilité quelconque, sans lier leurs successeurs par leurs décisions. C'est méconnaître les limites de la mission naturelle du

jury, que de donner à sa décision des effets si graves, que d'en faire dépendre une véritable question de législation ; car il ne s'agit pas d'opter entre deux peines de la même nature, plus ou moins longues, plus ou moins rigoureuses, mais de choisir entre la détention et la mort, entre deux peines qu'un abîme sépare. Le même fait, commis avec les mêmes circonstances, sera puni, dans tel ressort, de la peine des travaux forcés seulement, dans tel autre, de la peine de mort.

Sans doute ces conséquences, qui accusent la théorie de la loi, ne doivent point avoir, dans la pratique, toute la gravité qu'on pourrait en attendre. Les jurés ont plus de tendance à empreindre leurs décisions d'humanité que de rigueur; et, s'ils doivent abuser de la puissante faculté qui leur est donnée, il est permis de croire que ce sera plutôt pour affaiblir les peines que pour les aggraver. Déjà plusieurs de leurs verdicts ont révélé une opinion assez générale pour l'abolition de la peine capitale; et cette doctrine s'est manifestée avec éclat lorsqu'il s'agissait même de sévir contre des crimes atroces. On peut en trouver les motifs soit dans la douceur de nos mœurs, soit dans cette idée qu'une civilisation plus grande, une aisance plus générale, rendent les hommes plus sensibles à des peines moins graves, soit enfin dans les idées libérales qui peu à peu ont conquis toutes les classes de la société.

La peine de mort, telle que la loi l'a faite, pourra donc, lorsqu'elle sera appliquée, être entachée d'inégalité, parce que la distribution de cette peine aux mêmes faits n'a point de règle fixe.

Tels sont les termes dans lesquels se résume cette grande question. Nous avons dû nous borner à dessiner rapidement les traits principaux de cet immense débat : on voit qu'il se réduit à une question de fait, disons plus, à une question de temps et d'opportunité. L'opinion de Beccaria, toujours combattue, toujours vivante, a été comme un germe que les années ont développé : érigée en loi à la Louisiane, déjà puissante dans d'autres États, un jour peut-être elle dominera nos codes; et nos législateurs, au lieu de la combattre, se bornent à en ajourner l'application.

[[Nous devons même noter, en terminant sur ce point, un pas fait

en avant par le législateur. Le gouvernement provisoire de 1848 avait déclaré, par un décret du 26 février, « que, dans sa pensée, la peine de mort était abolie en matière politique, et qu'il présenterait ce vœu à la ratification définitive de l'assemblée nationale. » Ce vœu a reçu la sanction de cette assemblée, et l'article 5 de la constitution du 4 novembre 1848 porte : « La peine de mort est abolie en matière politique. » Cette abrogation, qui n'a été effacée par aucune loi postérieure, a été suivie de l'art. 1er de la loi du 6 juin 1850, qui a ajouté que, « dans tous les cas où la peine de mort est abolie par l'article 5 de la constitution, cette peine est remplacée par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée désignée par la loi, hors le territoire continental de la république. » Nous examinerons plus loin, pour déterminer les effets de cette abolition, le sens des mots « matière politique, » et quels sont les crimes auxquels s'applique cette suppression partielle de la peine de mort.]]

46. Le législateur a supprimé la mutilation qui précédait, dans le code de 1810, la mort du parricide : il a proclamé que ce supplice était une inutile barbarie. Pourquoi donc a-t-il conservé cette étrange disposition qui prescrit de conduire le condamné pour parricide, sur le lieu de l'exécution, en chemise, nu-pieds, et la tête couverte d'un voile noir? Pourquoi le laisser exposé sur l'échafaud, en attendant la mort, pendant que l'huissier fait la lecture de l'arrêt de condamnation? Cette disposition, quoique modifiée, est encore une barbarie. « Le principe éternellement vrai de la gradation des peines, disait à ce sujet M. Berlier au conseil d'État [1], ne saurait s'étendre à différencier et à graduer le mode d'infliger la peine de mort ; la justice qui établit des punitions, et la justice sociale qui veut des exemples, sont également satisfaites quand le coupable meurt [2]. »

[1] Locré, t. 29, p. 115.

[2] *Ultimum supplicium esse mortem solam interpretamur*, disait la loi romaine; texte qui semble avoir été paraphrasé par Montaigne, quand il dit : « En la justice même, tout ce qui est au delà de la mort me semble cruauté. »

N'est-ce donc pas une aggravation de supplice que cette translation en *chemise*, ces *pieds nus*, ce *voile noir* sur la tête? Faut-il encore prolonger l'agonie de la victime pendant l'inutile lecture de l'arrêt de condamnation ! On veut inspirer de l'horreur, on inspire de la pitié; un tel spectacle outrage l'humanité, et révolte les spectateurs.

47. Nous passons aux peines *perpétuelles*.

L'assemblée constituante avait proscrit les peines perpétuelles : elle les regardait comme plus terribles que la mort même, qu'elle conservait dans la loi. La peine de 24 années de fers était la plus forte du code pénal du 28 septembre 1791, après la peine de mort. Ce système de répression fut attaqué en 1810 : « L'assemblée constituante, disait M. Target, par un sentiment d'humanité digne de respect sans doute, mais dont la sagesse n'a pas été prouvée par l'expérience, avait posé en règle que nulle peine ne serait perpétuelle. Tous les criminels qui n'étaient pas frappés de mort avaient en perspective un terme fixe qui, pour les âmes profondément dépravées, annule presque entièrement l'effet de la peine. Il faut que les actions qui, dans l'ordre des crimes, suivent immédiatement ceux auxquels la mort est infligée, ne laissent point de délivrance à prévoir : sans cela les gradations ne seraient point observées, l'échelle des peines ne serait plus correspondante à celle des crimes, et la proportion serait rompue [1]. »

Ces arguments ont été à peu près reproduits en 1832, par le rapporteur de la chambre des députés, lors de la discussion de la loi modificative du code pénal. « La perpétuité des peines, a-t-il dit, retranche du monde un être incorrigible; elle épargne à ses semblables et à lui-même les nouveaux forfaits auxquels d'indestructibles habitudes l'avaient en quelque sorte prédestiné. Elle rassure la société, en dissipant l'alarme que le crime avait causée, et en prévenant celle que le retour du criminel ferait naître. Les peines perpétuelles ont aussi un puissant effet d'intimidation; elles sont une imitation de l'éternité des supplices, et l'idée de l'éternité des supplices saisit fortement les

[1] Observations de M. Target, Locré, t. 29.

imaginations. Elles seront la transition entre la peine de mort et les peines temporaires. Retranchez-les, et l'échelle pénale présentera un intervalle immense, sans correspondance avec l'échelle des crimes. Combien de crimes, en effet, pour lesquels la peine de mort est trop sévère et les peines temporaires trop indulgentes! Moins inquiétantes pour le jury qu'une peine irréparable, plus effrayantes pour les coupables qu'une peine dont ils espèrent voir la fin, les peines perpétuelles ont une efficacité préventive qui leur est propre, et qui doit être conservée. »

Notre opinion est également que le principe de la perpétuité des peines doit être maintenu, mais en le modifiant toutefois dans son application, de manière à ce qu'il ne détruise pas entièrement l'un des effets les plus tutélaires de la peine, l'amendement du coupable.

On a surtout reproché aux peines perpétuelles d'achever la démoralisation du condamné. C'est l'espoir, a-t-on dit, de reprendre une place honorable dans la société, qui le soutient dans les efforts qu'il fait pour changer ses habitudes et corriger ses penchants. Eprouvera-t-il le besoin d'une réconciliation avec lui-même, si la loi le déclare irréconciliable avec la société? N'est-ce pas détruire le repentir dans son germe, et la réhabilitation morale dans son plus puissant mobile?

A cette objection, plusieurs réponses. Nous avons vu que l'application de la peine de mort tendait, par une pente marquée, à devenir plus rare : le pouvoir social rétrécit lui-même les limites dans lesquelles cette peine est resserrée, et, dans les cas où elle est encore prononcée, il hésite devant une exécution capitale, et intervient souvent avec la grâce. Dans une telle situation, la perpétuité des peines est une nécessité. C'est l'atténuation de la peine de mort; c'est la peine qui seule peut en justifier et favoriser l'abolition. « Car on serait placé, a dit un criminaliste, entre deux maux inévitables, celui de ne pas opposer aux crimes un frein assez puissant, en leur appliquant des peines inférieures à leurs dangers et à leurs maux, ou celui d'excéder l'intensité dont ils ont besoin, par une application criminelle et plus fréquente de la peine de mort [1]. »

[1] Scipion Bexon, Code de la sûreté publique, in-fol., introduction, lvij.

Ensuite, le but principal de toute peine est de prévenir les crimes; et la perpétuité des peines qui, ainsi que l'a remarqué M. Dumon, saisit fortement l'imagination, a éminemment ce caractère. Il est des crimes qui jettent une telle épouvante dans la société, que la crainte d'un châtiment sans fin peut seule l'en préserver, et cette éternité du châtiment semble seule aussi répondre au besoin d'expiation que ressent la conscience sociale. Et puis, il ne faut pas perdre de vue que le système pénitentiaire, dont les efforts s'éprouvent en ce moment, exercera bien difficilement son action bienfaisante sur ces hommes que l'habitude du crime a endurcis, et qui ont brisé les derniers liens qui les attachaient à la société. Contre ces hommes incorrigibles, quels seraient les moyens de défense de la société, si elle devait nécessairement et sans examen faire tomber les portes de leurs prisons après un certain laps de temps? La perpétuité doit donc être réservée pour les crimes qui arrachent à la société un cri d'effroi, lorsque l'exécution capitale ne leur est pas infligée, et pour les condamnés en récidive, contre lesquels les premières peines sont reconnues impuissantes.

Au reste, nous retrouvons ce principe dans les lois de toutes les nations. Il sert de base aux codes criminels de l'Autriche et du Brésil, deux codes qui se distinguent par la douceur de leurs peines et leurs dispositions pleines d'humanité. La législation anglaise ne l'a jamais répudié. M. Scipion Bexon l'admet dans son Code de la sûreté publique. Beccaria disait : « L'esclavage perpétuel, substitué à la peine de mort, a toute la rigueur qu'il faut pour éloigner du crime l'esprit le plus déterminé [1]. » Enfin M. Livingston lui-même n'hésite pas à le faire entrer dans son Code pénal de la Louisiane [2].

Cependant, et c'est l'objection qui sert à la repousser, cette perpétuité de la peine est un obstacle presque insurmontable à la correction du coupable. Il faut donc à ce mal très-grave tâcher d'apporter

[1] Des délits et des peines, § 16.

[2] Le § 8 de l'art. 85, qui énumère les peines, porte : *Imprisonment at hard labour for life.*

quelques remèdes. Le premier serait de n'appliquer les peines perpétuelles qu'avec la plus grande réserve, et seulement aux criminels dont on ne peut espérer une véritable régénération. Mais, ensuite, ne pourrait-on déposer entre les mains du captif lui-même le moyen d'adoucir la rigueur de la peine, l'espoir de pouvoir la convertir lui-même en une peine temporaire, par sa conduite, son activité laborieuse, sa réformation?

La commission du corps législatif, appelée à délibérer sur le projet du code pénal, avait eu cette pensée : elle demandait qu'il fût ajouté une disposition qui autorisât le gouvernement à remettre le reste de la peine aux condamnés à perpétuité qui se seraient conduits d'une manière satisfaisante. « Le but de cette disposition est moral, disait la commission, et ne détruit point le principe de la perpétuité. Celle-ci, établie dans le projet de code, ouvre au condamné une carrière à l'extrémité de laquelle il ne voit que la cessation de son existence; dans cet état, et sans espoir, il n'a point d'intérêt à se bien conduire et à devenir meilleur; il peut se livrer à des excès ou à des crimes envers ses gardiens, ses compagnons et même des citoyens; on ne le contiendra que par une inflexible sévérité, qui peut même être souvent en défaut à son égard. Si, au contraire, une lueur d'espérance se faisait entrevoir pour lui, elle offrirait une espèce de garantie de sa conduite, en l'engageant à chercher à se rendre digne d'un adoucissement [1]. »

Le conseil d'État n'admit pas cette proposition, attendu que le recours à la clémence du prince est ouvert dans tous les temps aux condamnés. Le législateur de 1832 a suivi les mêmes errements : « Dans les cas si rares, a dit M. Dumon, où l'amendement peut avoir lieu, l'espérance de la grâce, toujours possible, toujours prochaine, luira aux yeux du condamné comme bien plus secourable qu'une liberté trop éloignée [2]. » M. de Bastard a répété dans son rapport à la chambre des pairs : « La perpétuité des peines peut se changer, par l'amen-

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, Locré, t. 29, p. 190.

[2] Code pénal progressif, p. 86.

dement du coupable, en un châtiment temporaire... C'est là où le droit da grâce est libre de s'exercer dans toute son étendue [1]. »

Mais ici la difficulté se complique. Doit-on laisser au droit de grâce une telle puissance? Quelques publicistes ont contesté à ce droit l'utilité de son intervention [2]. M. Livingston en restreint seulement les limites : « Le pouvoir de pardonner ne doit être exercé que dans les cas d'innocence découverte après la condamnation, ou de réforme sincère et complète [3]. » Mais, dans ce dernier cas, quelles garanties contre une décision intempestive ou arbitraire? Quels moyens de constater la régénération du condamné, de rassurer la société sur l'abolition de la peine qu'elle avait prononcée dans l'intérêt de sa sûreté? M. Charles Lucas a proposé d'instituer un pouvoir disciplinaire, une *cour d'équité* [4], pour apprécier la conversion des détenus, leur retour à l'honnêteté, pour juger des épreuves auxquelles leur conduite serait soumise. L'examen de cette question nous ferait sortir des limites de notre plan. Il nous a suffi d'indiquer une borne légitime à la peine perpétuelle, l'amendement sincère du condamné. Toutefois, il est important d'ajouter que cette réforme même, fût-elle bien constatée, ne serait pas toujours une raison de mettre immédiatement le condamné en liberté; il est nécessaire qu'il ait subi une partie notable de sa peine. Car ce n'est pas assez qu'il se repente, il faut que son crime soit réparé; la peine est un moyen d'exemple et d'instruction, en même temps qu'un moyen de réforme. Il faut que le pouvoir, avant de la briser, non-seulement ait acquis la certitude de la réforme du coupable, mais soit encore convaincu que la société a obtenu une réparation suffisante.

Le code pénal compte deux sortes de peines perpétuelles : les travaux forcés à perpétuité, et la déportation.

[1] *Id.*, p. 87.

[2] Beccaria, Des délits et des peines; Bentham, Théorie des peines; M. Bavoux, Leçons sur le code pénal; M. Bourgnon de Layre, Essai sur le code pénal, p. 27.

[3] System of penal Law, introductory title, p. 359.

[4] Du système pénal, p. 306.

48 La peine des travaux forcés se trouve définie par l'article 15 du code pénal, ainsi conçu : « Les hommes condamnés aux travaux forcés seront employés aux travaux les plus pénibles ; ils traîneront à leurs pieds un boulet, ou seront attachés deux à deux avec une chaîne, lorsque la nature du travail auquel ils seront employés le permettra. » Cette peine a été l'objet des critiques les plus vives. « Il n'y a qu'une voix en France, a dit M. Charles Lucas, sur le système désastreux des bagnes, dans les conseils généraux des départements, dans les chambres, dans le gouvernement, enfin dans la nation tout entière [1]. » Nous n'avons pas sur ce point une opinion aussi absolue : la peine des travaux forcés a des vices très-graves, mais elle possède aussi quelques avantages qu'on ne doit pas contester.

La statistique criminelle a dissipé quelques préjugés que les esprits les plus éclairés avaient admis trop aveuglément. A peine pensait-on qu'il pût sortir des bagnes quelques condamnés qui ne fussent avides de se jeter de nouveau dans la voie du crime : les forçats libérés étaient considérés, en masse et sans distinction, comme des brigands ; la société les rejetait de son sein avec terreur. Ces alarmes étaient exagérées. Il est aujourd'hui établi par des relevés authentiques que le plus grand nombre des condamnés qui tombent en récidive n'appartiennent pas aux libérés des bagnes. La proportion des récidives parmi les condamnés à la reclusion qui sortent des maisons centrales, est plus élevée. On doit remarquer encore que la plupart des crimes commis par les libérés des bagnes sont d'une nature moins grave que leurs premiers crimes, et surtout sont moins graves que ceux qui sont commis par les libérés des maisons centrales : ces crimes s'adressent plutôt aux propriétés qu'aux personnes. Peut-être doit-on attribuer ces résultats moins au régime des bagnes qu'au caractère des infractions qui généralement y sont punies : ces infractions supposent souvent plus de fougue et d'audace que de véritable corruption.

[1] 1827. Du système pénal, p. 329.

Cela posé, la peine des travaux forcés doit être examinée en elle-même, et abstraction faite des effets quelque peu fantastiques qu'on lui avait prêtés. Elle a deux vices principaux : elle est inégale; car comment, en appliquant les condamnés aux travaux les plus pénibles, mesurer la force des individus? comment distinguer la faiblesse réelle de la faiblesse simulée? « Si le poids de la chaîne, dit M. Livingston, est déterminé par la loi, le faible succombera sous le fardeau que le fort portera sans peine. Si ce point est laissé à la discrétion du geôlier, c'est une source intarissable d'extorsions et de tyrannies subalternes [1]. » Elle n'est pas réformatrice : « Dans les travaux publics, a fait observer Bentham, l'infamie de la publicité tend plus à dépraver les individus que l'habitude du travail ne tend à les réformer [2]. » On doit ajouter que si les travaux en plein air favorisent l'état physique des condamnés, ils ont pour effet de les corrompre par la facilité des communications qu'ils établissent entre eux.

Mais cette peine est essentiellement exemplaire : c'est là son plus grand avantage. Elle intimide, elle inspire l'effroi; l'opinion publique y trouve une expiation suffisante des plus grands crimes. « Elle offre sans cesse, ajoute M. Scipion Bexon, l'exemple des maux attachés au crime, par le spectacle répété des chaînes, des fatigues et des signes honteux de la servitude des coupables [3]. » Peut-être est-ce la seule peine qui pût rassurer la société, si la peine de mort devait un jour être supprimée.

Il serait, d'ailleurs, possible de corriger ses inconvénients les plus graves. Déjà l'ordonnance du 20 août 1828, en séparant les condamnés d'après la durée de leurs peines, avait fait un pas immense dans cette voie progressive. De nouvelles classifications, basées sur la nature des infractions, quelques améliorations introduites dans

[1] Report on the plan of a penal code, p. 56.

[2] Théorie des peines, p. 190.

[3] Code de la sûreté publique, introduct.

l'ordre de la discipline intérieure, enfin la faculté de renfermer les condamnés dans une enceinte, et d'ôter ainsi à cette peine sa funeste publicité, pourraient la dépouiller de son effet démoralisateur. Mais, en la conservant, il faudrait en limiter l'emploi; le code pénal l'a prodiguée aux attentats les plus divers, aux crimes contre les personnes et contre les propriétés, à des infractions qui ne révèlent qu'une immoralité fort douteuse : c'est la base de ses pénalités; il y confond tous les faits, sans avoir assez d'égard à leur plus ou moins de gravité, quelles que soient les circonstances caractéristiques qui peuvent modifier leur nature. Ainsi employée, cette peine, au lieu d'être exemplaire, est devenue barbare; en la voyant appliquer à un gardien qui a laissé échapper un prisonnier, aux bigames, etc., l'opinion publique s'est émue de pitié et a accusé la loi. Le législateur doit la réserver pour les crimes qui demandent une solennelle expiation. Devenue plus rare, elle acquerra une puissance de prévention plus grande, et les criminels dont les attentats ont troublé à un moindre degré l'ordre social seront soumis à l'action plus efficace d'un système pénitentiaire mieux appliqué.

[[Les idées qui précèdent ont été en partie réalisées : la peine des travaux forcés a été modifiée. Le décret du 27 mars 1852 et la loi du 30 mai 1854 ont substitué à sa première forme un autre mode d'exécution. Cette exécution s'accomplit désormais dans les possessions coloniales de la France, autres que l'Algérie. Les condamnés qui ne sont pas âgés de 60 ans y sont transférés et sont employés aux travaux les plus pénibles de la colonisation et à tous autres travaux d'utilité publique. Ces mesures, au reste, sont en dehors du code, dans les textes duquel la peine des travaux forcés continue d'être écrite; nous y reviendrons dans le chapitre relatif à l'exécution des peines.]]

49. La déportation est la seconde peine perpétuelle.

Cette peine a préoccupé vivement les esprits. Ses partisans vantent son efficacité préventive, qui met la population métropolitaine à l'abri des entreprises et de la contagion morale des condamnés. Ils lui

attribuent aussi la vertu de faciliter l'amendement des coupables, en leur ouvrant une carrière nouvelle sous un autre ciel, et de changer à la fois leur pays, leurs habitudes et leur cœur.

Ses adversaires lui reprochent d'être peu efficace et peu exemplaire. La question a été examinée sous toutes ses faces [1] : il nous serait facile d'en résumer les principaux arguments, si cette discussion ne nous semblait pas parfaitement oiseuse. La déportation ne pourrait présenter quelques avantages qu'autant qu'elle serait appliquée aux individus que la misère ou la perversité a portés au crime, à cette population qui remplit les bagnes, et surtout aux condamnés à temps. Mais alors c'est un autre système pénal qu'il faut substituer tout entier au système actuel. Dans notre code, la déportation n'est point une peine générale qui embrasse tous les délits d'une certaine gravité ; c'est une peine spéciale réservée à un petit nombre de délits d'une même nature, *aux délits politiques*.

« Les crimes d'Etat, qui ne sortent pas d'une âme atroce, disait M. Target [2], mais de fausses idées politiques, de l'esprit de parti, d'une ambition mal entendue, seront efficacement réprimés par un châtiment sévère et sans terme, qui ravit au condamné, pour jamais, honneurs, fortunes, jouissances, relations, existence civile et patrie. » Ainsi, les rédacteurs du code pénal n'avaient point eu l'idée d'introduire dans nos lois la transportation anglaise, qui correspond à la reclusion et aux travaux forcés de ce code ; c'était une relégation, non dans une colonie pénale, mais dans une colonie ordinaire, qu'ils avaient voulu établir, et cette peine ne s'appliquait qu'à des crimes qui ne supposent point cette perversité profonde et incorrigible qui alarme la société.

[1] Voyages aux Terres australes, par Péron ; Observations sur la déportation, par M. de Marbé-Marbois; Théorie des peines, par Bentham ; Histoire des colonies pénales, par M. de Blosseville; Appendice au système pénitentiaire, par MM. de Beaumont et de Tocqueville; du Système pénal, par M. Charles Lucas, et Discussion de la loi du 28 avril 1832, Code pénal progressif, p. 96 et suiv.

[2] Observations sur le projet. Locré, t. 29, p. 17.

La déportation n'a jamais été exécutée, faute d'un lieu où elle pût être convenablement subie : on la commuait arbitrairement, dans la pratique, en une détention dans un lieu spécial. C'est pour faire cesser cette irrégularité que le gouvernement proposait, en 1832, de substituer la peine qui s'exécutait réellement à celle qui n'avait qu'une existence nominale. On a droit de s'étonner de l'insistance que mirent quelques députés à conserver dans le code ce mot de *déportation* [1]; car, pourquoi tromper le condamné par l'illusion d'une peine qu'il ne doit point subir, et qu'importait à la question générale de la déportation, l'application exceptionnelle de cette peine à quelques délits spéciaux? La seule question que l'on dût discuter était de savoir si la déportation était appropriée aux crimes politiques qu'elle réprimait, et cette question n'a pas même été effleurée dans la discussion.

Si l'on considère cette peine comme un simple exil dans un lieu spécial, cet exil ne serait point une peine suffisante pour les délits politiques, puisqu'elle ne mettrait point la société à l'abri de la fuite des coupables et de leur retour dans son sein; si, au contraire, on la considère comme une peine réprimante, efficace et propre à préparer la réforme des criminels les plus endurcis, si on l'accompagne d'une surveillance et d'un régime sévères, elle ne convient point encore à ces délits. Nous ne partageons donc pas l'opinion de M. Charles Lucas, qui propose de déporter à Cayenne ceux qui auraient porté atteinte à la liberté de la presse et à la liberté des cultes [2]. Restreinte dans des limites aussi étroites, l'utilité de cette mesure est plus que contestable. Sous des apparences humaines, elle cache une grande sévérité : l'exil et la déportation doivent être réservés à de grands crimes, car rien n'est plus sensible au cœur de l'homme que l'éloignement de la famille et de la patrie. Nous concevons la déportation appliquée aux crimes les plus graves, aux hommes les plus dépravés, parce qu'elle délivre la société de la pré-

[1] *Voyez* les discours de MM. Delpon, Chalret-Durieu, Odilon Barrot et Mérilhou, Code pénal progressif, p. 101.

[2] Du Système pénal.

sence de ces coupables incorrigibles; mais cette peine nous paraît bizarrement choisie, quand elle ne s'applique qu'à quelques infractions spéciales qui ne révèlent aucune immoralité intrinsèque.

50. Nous avons déjà vu que le gouvernement avait proposé de supprimer la déportation.

La chambre des députés a paru craindre que cette abolition pure et simple ne préjugeât, contre la création future d'une colonie pénale française, le grand problème social qui laisse à examiner cette sorte d'établissement. Elle a voulu réserver une question qui n'était nullement en jeu; elle a maintenu cette peine dans la loi, mais sans en étendre les étroites limites, et en lui substituant dans l'exécution celle de la détention.

Le dernier paragraphe de l'article 17 du code pénal est, en effet, ainsi conçu : « Tant qu'il n'aura pas été établi un lieu de déportation...., le condamné subira à perpétuité la peine de la détention. » Cette substitution d'une détention perpétuelle à la déportation a soulevé d'énergiques réclamations, qui se fondaient toutefois uniquement sur ce que la première de ces peines semblait plus dure que l'autre. A cette objection de fait qui ne pouvait trouver de raison décisive de solution, le rapporteur de la commission répondait : « Le but principal que le législateur doit se proposer, c'est la sécurité de la société. La détention perpétuelle assure cette sécurité Sans doute, la perpétuité de la peine n'est pas toujours nécessaire. Les circonstances qui changent, les occasions qui fuient, les passions qui s'affaiblissent, les partis qui se dissolvent, l'ordre politique qui s'affermit, tout concourt à diminuer l'importance d'un condamné et les dangers de sa liberté. Mais si tel est l'effet probable du temps, cet effet n'est pas nécessaire; il peut ne pas se réaliser. Les annales d'un pays voisin ne nous offrent-elles pas l'exemple de conspirations héréditaires qui ont occupé et agité des siècles entiers?. . D'ailleurs, ce n'est pas seulement par la répression immédiate du crime, par l'impuissance temporaire ou perpétuelle à laquelle elles réduisent le coupable, que les peines agissent et protégent la société; elles la protégent surtout par

le salutaire effroi qu'elles inspirent : la crainte d'une détention perpétuelle peut refroidir ou décourager des imaginations ardentes, qu'une détention temporaire n'effrayerait pas. » On ajoutait encore un motif puisé dans l'esprit du code pénal. Dans le système de ce code, les peines se divisent en temporaires ou perpétuelles : en matière politique, il y a le bannissement à temps et la déportation à perpétuité ; en matière ordinaire, il y a pour les hommes les travaux forcés temporaires et perpétuels, pour les femmes la reclusion à temps et la reclusion à perpétuité. C'était donc une simple déduction de ce principe, que l'institution de la nouvelle peine de la détention à temps et à toujours. Une dernière considération vient encore à l'appui de cette opinion. C'est surtout à l'égard des crimes politiques que plusieurs publicistes éloquents ont sollicité l'abolition de la peine de mort [1]. Or, la seule voie de l'obtenir serait de présenter une peine qui assurât la sécurité entière de la société. Une peine temporaire n'aurait pas cet effet ; car le parti politique qui la prononcerait ne serait pas satisfait de l'impuissance momentanée du conspirateur qu'il redouterait.

[[La loi du 9 septembre 1835, qui avait modifié l'art. 17, fut abrogée par le décret du 6 mars 1848, et, le 8 juin 1850, une loi sur la déportation a été promulguée en ces termes : « Art. 1er. Dans tous les cas où la peine de mort est abolie par l'art. 2 de la constitution, cette peine est remplacée par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée, désignée par la loi, hors du territoire continental de la république. Les déportés y jouiront de toute la liberté compatible avec la nécessité d'assurer la garde de leurs personnes. Ils seront soumis à un régime de police et de surveillance déterminé par un règlement d'administration publique. — 2. En cas de déclaration de circonstances atténuantes, si la peine prononcée par la loi est celle de la déportation dans une enceinte fortifiée, les juges appliqueront celle de la déportation simple ou celle de la détention ; mais, dans les cas prévus par les art. 86, 96 et 97 du

[1] *Voyez* les discours de MM. Roger, de Vatimesnil, Salverte et de Laborde, Code pénal progressif, p. 103 à 109.

C. P., la peine de la déportation simple sera seule appliquée. — ... 4. La vallée du Vaïthau, aux îles Marquises, est déclarée lieu de déportation pour l'application de l'art. 1er de la présente loi. — 5. L'île de Nouka-Hiva, l'une des Marquises, est déclarée lieu de déportation pour l'exécution de l'art. 17 du C. P. — 6. Le gouvernement déterminera les moyens de travail qui seront donnés aux condamnés, s'ils le demandent. Il pourvoira à l'entretien des déportés qui ne subviendraient pas à cette dépense par leurs propres ressources. — 7. Dans le cas où les lieux établis pour la déportation viendraient à être changés par la loi, les déportés seraient transférés des anciens lieux de déportation dans les nouveaux. — 8. La présente loi n'est applicable qu'aux crimes commis postérieurement à sa promulgation. » La disposition principale de cette loi est l'établissement de la déportation du premier degré : cette peine, que le législateur substituait à la peine de mort dans les cas où elle est abolie, a puisé son aggravation dans la nécessité de séparer, par le mode d'exécution, deux classes de crimes qui se trouvaient frappés de la même peine : les crimes politiques, jusque-là punis de la peine de mort, et ceux qui étaient punis de la déportation seulement. « Pour deux catégories de crimes essentiellement distincts, a dit le rapporteur de la loi, la législation n'offre qu'un seul moyen de répression. Les inconvénients d'un pareil système de pénalité sont évidents : il était urgent d'y porter remède. Dans ce but, le projet de loi fait deux choses : d'abord il substitue à la peine de mort, dans les cas où elle est abolie, la déportation dans une citadelle, peine analogue à celle précédemment indiquée, mais toutefois plus douce, puisqu'elle entraîne une captivité moins étroite ; il détermine ensuite les lieux où devront être subies soit cette déportation aggravée, soit la déportation simple. »

A côté de ces dispositions nouvelles, qui règlent le mode d'exécution de la peine de la déportation, il faut mentionner plusieurs mesures, moins pénales, il est vrai, que politiques, qui ont paru assigner à cette peine un nouveau caractère. Un décret du 29 juin 1848, qui porte l'empreinte des circonstances politiques dans lesquelles il

est intervenu, dispose ainsi qu'il suit : « Seront transportés, par mesure de sûreté générale, dans les possessions françaises d'outre-mer autres que celles de la Méditerranée, les individus actuellement détenus qui seront reconnus avoir pris part à l'insurrection du 23 juin. Les femmes et les enfants des individus ainsi transportés hors du territoire seront admis à partager le sort de leurs maris et de leurs pères. » La loi du 24 janvier 1850 déclara que ces individus seraient transférés en Algérie, et y formeraient un établissement disciplinaire. L'art. 5 était ainsi conçu : « Les transportés seront assujettis au travail sur l'établissement ; l'exercice de leurs droits politiques sera suspendu ; ils seront soumis à la juridiction militaire ; les lois militaires leur seront applicables. Toutefois, en cas d'évasion de l'établissement, les transportés seront condamnés à un emprisonnement dont la durée ne pourra excéder le temps pendant lequel ils auront encore à subir la transportation. » Un règlement du 31 janvier 1850 réglait la police de l'établissement.

Ces mesures ont été reprises et étendues après les événements de décembre 1851. L'art. 1 du décret du 8 décembre 1851 porte : « Tout individu placé sous la surveillance de la haute police, qui sera reconnu coupable du délit de rupture de ban, pourra être transporté, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie. La durée de la transportation sera de cinq années au moins et de dix ans au plus. » L'art. 2 ajoute : « La même mesure sera applicable aux individus reconnus coupables d'avoir fait partie d'une société secrète. » Enfin l'art. 7 reproduit les dispositions prescrites par l'art. 5 de la loi du 24 janvier 1850. Un décret du 28 mars 1852 divise les transportés en colonies pénitentiaires et leur assigne des concessions de terres. Enfin la loi du 27 février 1858 a autorisé l'internement en Algérie des condamnés pour les crimes et délits politiques prévus par les articles 5 et 6 de cette loi, et les individus déjà internés dans un département ou expulsés du territoire, et que des faits graves signaleraient de nouveau comme dangereux pour la sûreté publique.

Toutes ces mesures ont cessé à l'époque de l'amnistie du 16 août

1859. On doit faire des vœux pour qu'elles ne soient jamais renouvelées. Mais elles ont jeté le germe de la transportation qui a été déjà appliquée aux condamnés aux travaux forcés, et qui sera peut-être étendue à d'autres classes de condamnés. C'est surtout à ce titre que nous avons dû en faire mention.]]

51. Les peines temporaires que le code pénal a qualifiées afflictives et infamantes sont au nombre de trois : *les travaux forcés à temps*, *la détention* et *la reclusion*. Nous nous sommes expliqués sur la première de ces peines quand elle est perpétuelle ; nos réflexions s'appliquent parfaitement au cas où elle est prononcée entre le minimum de cinq et le maximum de vingt ans. Il nous reste donc à parler de *la détention* et de *la reclusion*.

Quoique la *reclusion* soit placée la dernière dans l'ordre des peines, à raison de ce que son maximum est limité à dix ans, elle est plus sévère que la détention temporaire, soit par le mode de son exécution, soit par les peines accessoires dont elle peut être accompagnée. La *reclusion* est, à nos yeux, la base principale d'un bon système pénal ; c'est la peine des sociétés civilisées. Il importe peu que le législateur l'appelle reclusion, détention ou emprisonnement. Sa première qualité est d'être éminemment *correctionnelle*, parce qu'elle peut être combinée avec le travail, parce qu'on peut lui imprimer une tendance morale. Le système pénitentiaire n'est qu'un mode d'application de cette peine.

La *reclusion* ou *emprisonnement* (car ces deux peines sont absolument identiques) consiste à enfermer le coupable dans une maison de détention, et à l'employer à l'un des travaux établis dans cette maison. (Art. 21 et 40 code pénal.) Les avantages de cette peine sont faciles à apprécier. Elle est *divisible*, car on peut en modifier à volonté l'intensité et la durée. Elle est *appréciable*, car tous les hommes sont sensibles à la perte de leur liberté. Peut-être est-elle défectueuse sous le rapport de *l'égalité*, car l'emprisonnement n'impose pas à tous les hommes la même perte de fortune et de jouissance : mais, en confiant aux tribunaux une certaine mesure de pouvoir discrétionnaire, ces inégalités peuvent être prévenues.

Elle est *instructive* et *exemplaire ;* elle enlève au condamné tous les moyens de nuire ; enfin, elle est la seule peine qui se prête à des essais d'amendement moral.

Est-il nécessaire d'ajouter que ce dernier résultat serait vainement recherché dans l'application actuelle de cette peine ? Les récidives dans lesquelles tombent annuellement plus du tiers des condamnés qui sortent des maisons centrales, n'accusent que trop hautement le mode de cette application. Mais nous n'avons point à signaler ici les vices de nos prisons ; des hommes éclairés et courageux en préparent la réforme ; nos vœux les suivent dans leurs travaux. Le seul fait qu'il importe de rappeler, c'est que la peine de la reclusion ou de l'emprisonnement, flexible dans son exécution, offrant des degrés pour la variété des crimes, peut seule permettre l'application d'un système pénitentiaire. C'est donc le lieu d'examiner, en peu de mots, le but et les espérances de ce système.

52. Les prisons pénitentiaires sont encore nouvelles en Europe ; il n'y a même que trente ans environ qu'elles ont été créées aux Etats-Unis. La diversité des procédés y ont été appliqués successivement ; quelques essais infructueux ont suscité des adversaires à ces établissements. Les uns ont pensé que la régénération des condamnés n'était qu'un rêve brillant d'une crédule philanthropie ; d'autres, prompts à se bercer d'illusions, après avoir exagéré les effets de ce système, l'ont dédaigné dès qu'ils ont vu qu'il ne pouvait réaliser leurs folles espérances. On a craint enfin que la douceur du régime pénitentiaire n'exerçât pas une répression suffisante, et que les condamnés ne vinssent à trouver trop d'agrément dans les prisons.

La question avait été mal comprise. Le but du système pénitentiaire n'a jamais été et ne peut être de régénérer radicalement les condamnés, de les revêtir d'une pureté primitive, d'en faire d'honnêtes gens dans l'entière acception de ce mot. Quelques-uns peuvent sans doute arriver à ce degré ; on doit même en conserver l'espoir ; mais il serait chimérique de l'atteindre du plus grand nombre, et il suffirait, pour détruire cette idée, de jeter un regard sur les éléments dont se compose la population des prisons.

Toutefois il ne faut pas méconnaitre les bienfaits réels de cette institution, parce qu'on lui dénie des effets presque impossibles. Son but est d'empêcher les récidives, et ce but, s'il était complétement atteint, serait encore pour la société un immense avantage. Indépendamment des principes de moralité qu'on doit s'efforcer d'inculquer au condamné, la mission principale du régime pénitentiaire est de lui imprimer des habitudes d'ordre et de travail, de l'éclairer sur ses véritables intérêts, de lui faire comprendre et suivre les règles de cette honnêteté relative qui consiste à s'abstenir de ce que la loi défend de faire. Réduit à ces simples proportions, le problème cesse d'être insoluble; les moyens d'exécution, devenus presque matériels, sont plus faciles à mettre en œuvre, et l'œil en suit, pour ainsi dire, les effets pendant la durée de la détention. La régénération morale n'est plus qu'une conséquence, et non le but unique.

Il n'est pas sans intérêt de jeter sur les moyens un rapide coup d'œil.

La première règle de tout système pénitentiaire est la séparation des criminels dans les prisons. L'expérience n'a que trop appris que la communication de ces hommes entre eux rend impossible toute réforme morale, et devient même nécessairement la source d'une affreuse corruption. En effet, les détenus les plus consommés dans le crime initient les plus timides à leur funeste science, ébranlent leurs irrésolutions, les font rougir d'un remords, et leur impriment dans l'âme la lèpre de la corruption. La prison devient une école de crime et de démoralisation. Les classifications des condamnés, basées sur la nature des crimes, ont été reconnues impuissantes pour remédier au mal : l'isolement est devenu le principe et la base du système. Son premier avantage, celui qu'on ne peut contester, est que les condamnés ne deviennent pas, dans les prisons, pires qu'ils n'étaient en y entrant.

Le travail est la seconde règle de l'institution. Son but est, d'abord, d'arracher les détenus aux vices qu'engendre l'oisiveté; ensuite, de leur donner des habitudes d'ordre et de travail qui les suivent lorsqu'ils redeviennent libres. On a agité la question de

savoir si la société avait le droit de contraindre les détenus au travail. Benjamin Constant l'a nié : « Une maxime qui me semble incontestable, a-t-il dit, et sans laquelle l'esclavage, aboli par la religion et les progrès des lumières, serait chaque jour à la veille de renaître, c'est que l'homme ne peut aliéner sa personne et ses facultés que pour un temps limité et par un acte de sa volonté propre : si l'usage qu'il en fait est nuisible, ôtez-lui-en l'usage; si le mal dont il est l'auteur est tel, que la sûreté publique exige qu'il en soit privé pour jamais, condamnez-le à mort. Mais tourner ses facultés à votre profit, c'est revenir aux époques les plus grossières, c'est consacrer la servitude, c'est dégrader la condition humaine [1]. » L'erreur de ce raisonnement a été parfaitement démontrée. Le travail dans les prisons n'a rien de commun avec l'esclavage; on n'attente pas aux droits de l'homme en exigeant qu'il répare le dommage qu'il a causé; et, si l'on admet que la société a le droit de séquestrer celui de ses membres qui a fait abus de sa liberté, il faut qu'elle ait le moyen de le corriger, s'il est possible [2]. La question deviendrait plus délicate s'il s'agissait de savoir si l'on peut infliger des châtiments corporels au condamné qui refuse de se soumettre à l'obligation du travail. Nous ne faisons toutefois aucune difficulté de l'admettre; non que nous pensions qu'on doive, comme aux États-Unis, employer le fouet contre les condamnés rebelles [3] : cette peine ignominieuse, que nos mœurs repousseraient d'ailleurs, nous paraît plus propre à flétrir le détenu qu'à le relever à ses propres yeux. M. Livingston propose de substituer à la peine du fouet, comme châtiment disciplinaire, l'emprisonnement solitaire de jour et de

[1] Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri, 3e part., ch. 12; et Lettre de Benjamin Constant à M. Taillandier, rapportée dans l'introduction qui précède le rapport de M. Livingston au sénat de la Louisiane.

[2] M. Charles Lucas, du Système pénal, p. 265; et M. Taillandier, loc. cit., p. 21.

[3] Du Système pénitentiaire aux Etats-Unis, par MM. de Beaumont et de Tocqueville.

nuit, sans travail, et avec réduction de nourriture [1]. Quoi qu'il en soit, il nous paraît incontestable que la société doit employer tous les moyens de corriger le coupable. Or un travail régulier contribue à effacer les mauvaises habitudes, donne à l'existence du condamné un but utile et moral, réveille dans son âme des idées d'ordre, le réhabilite à ses propres yeux, et, en lui assurant un pécule à sa sortie et une profession dans la société, lui donne des forces contre ses propres penchants, et lui ôte jusqu'à l'occasion du crime.

Aux États-Unis, jusqu'à présent, deux modes d'exécution paraissent diviser les esprits : l'un et l'autre sont appliqués dans les pénitenciers d'Auburn et de Philadelphie. Ces deux systèmes reposent également sur l'isolement et le travail, mais ils diffèrent dans l'exécution. « Dans l'ancienne prison d'Auburn, disent MM. de Beaumont et de Tocqueville [2], on a essayé l'isolement sans travail, et les détenus qui ne sont pas devenus fous, ou qui ne sont pas morts de désespoir, ne sont rentrés dans la société que pour y commettre de nouveaux crimes. » Les fondateurs de la nouvelle maison d'Auburn ont employé une voie différente : les détenus ne sont renfermés dans leurs cellules que pendant la nuit. Durant le jour, ils travaillent ensemble dans des ateliers communs, mais ils sont assujettis à la loi d'un silence rigoureux qui les isole les uns des autres et prévient toute liaison entre eux. A Philadelphie, au contraire, chaque prisonnier est renfermé dans une cellule particulière, le jour comme la nuit; mais le travail les occupe, les soutient et les console; ils y trouvent un appui actuel, une espérance pour l'avenir. De nombreux avantages paraissent résulter de ce dernier système; néanmoins, le mode de la maison d'Auburn paraît jusqu'ici réunir le plus de suffrages. C'est celui qui a été adopté dans la maison disciplinaire de Genève.

Nous n'entrerons pas plus loin dans l'analyse du but et des effets présumés de cette institution. Il serait en dehors de notre plan d'exa-

[1] Introductory report to the Code of reform and prison discipline.

[2] Du Système pénitentiaire aux Etats-Unis.

miner les divers systèmes proposés pour son exécution par des publicistes célèbres [1]. Nous nous bornerons à dire que de récentes expériences tendent à acclimater en France cette grande et bienfaisante pensée, et que quelques succès déjà obtenus permettent d'en espérer de véritables pour l'avenir.

Une dernière observation sur ce sujet particulier. Peut-être les partisans du système pénitentiaire se sont-ils trop exclusivement préoccupés de la partie matérielle de cette institution : l'instruction morale et religieuse en doit être la base nécessaire. L'influence de la religion est le plus puissant auxiliaire des efforts du pouvoir pour la réforme des détenus. Elle seule peut achever ce que la société commence et prépare; elle seule, en mettant son sceau à cette réforme, peut la rendre efficace et durable. C'est ainsi que la nécessité du travail qui dompte le penchant du condamné à l'oisiveté, la loi du silence pui le fait réfléchir, l'isolement qui le place en face de son crime et de sa peine, l'instruction religieuse qui le console en l'éclairant, enfin l'habitude de l'obéissance et jusqu'à la régularité d'une vie uniforme, concourront à produire sur son esprit une impression profonde et régénératrice. Cette impression peut le laver de la tache de son crime, l'imprégner de sentiments nouveaux, lui rendre sa pureté primitive, et alors la société devra s'applaudir de ses efforts; mais alors même qu'elle n'aurait pour effet que de lui imprimer l'obéissance aux lois, en lui ôtant le désir et l'intérêt de les violer, cet effet serait encore assez beau, assez fécond, pour assurer au système pénitentiaire le concours ét les travaux de tous les amis éclairés de l'humanité.

C'est comme moyen de produire ces effets que la peine de la reclusion possède une supériorité évidente sur toutes les autres mesures

[1] *Voyez* Bentham, Théorie des peines, ch. 12. — Traité de législation, article Panoptique. — M. Rossi, sur la maison de Genève, t. 3, p. 83. — M. Livingston, Code of reform and prison discipline. — M. Charles Lucas, du Système pénal et du Système pénitentiaire. — *Voyez* aussi les savantes dissertations de M. Mittermaier, dans la *Revue étrangère* de législation.

répressives. M. Livingston en a fait la base de son code. M. Charles Lucas la propose comme le fondement de tout son système de répression; enfin, Bentham ne reconnaît qu'à cette peine les qualités nombreuses qu'il exige des mesures pénales [1].

Au surplus, ces trois publicistes établissent dans le mode d'exécution de la reclusion différents degrés : Bentham propose dans sa panoptique de l'aggraver de trois mesures pénitentielles, qui sont la solitude, l'obscurité et la diète. « Leur mérite, dit-il, est dans leur tendance à réformer les dispositions vicieuses du délinquant. » Le code pénal d'Autriche a adopté ces mesures, mais comme moyens d'aggravation de la peine et non d'amendement moral des condamnés. Livingston a donné également trois degrés à l'emprisonnement : la simple détention, l'emprisonnement avec travail forcé, le confinement solitaire [2]. « Il n'y a pas d'offense, dit-il, quelque légère qu'elle soit, qui ne trouve dans ces trois degrés une correction proportionnée à sa gravité, ni de crime si atroce qui ne soit efficacement puni par l'accumulation et le concours des différents degrés. Lorsqu'à ces peines on ajoute les règles qui sont établies, dans certains cas, relativement à la nourriture et aux autres nécessités de la vie, pendant le temps de la punition, on trouvera que ce genre de châtiment possède au plus haut degré la qualité essentielle de se proportionner à tous les délits et à chacun des délinquants. »

M. Charles Lucas a emprunté aux prisons américaines cet emploi du *solitary confinement* qu'il combine avec la reclusion : de même que M. Livingston, c'est par l'application de cette mesure aggravante de l'emprisonnement qu'il a proposé de remplacer la peine de mort. En 1791, le comité de législation et de constitution avait émis la même pensée. Cette peine est tellement rigoureuse, qu'on a re-

[1] Report on the plan of a penal code, by Edward Livingston, p. 36. — — Du Système pénal, par M. Charles Lucas.—Théorie des peines et Traité de législation, par Bentham.

[2] « Simple imprisonment; imprisonment at hard labour; solitary confinement during certain intervals of the time of the imprisonment. »

connu en Pensylvanie l'impossibilité de la faire subir sans intervalles dans toute sa durée : les inspecteurs des prisons ont le pouvoir d'en répartir la durée à leur choix, « pourvu, dit M. de Larochefoucauld-Liancourt, que la portion ordonnée par la sentence ait lieu dans le cours du temps de la détention [1]. »

Ainsi la peine de la *reclusion* ou *emprisonnement* peut être variée et dans sa durée et dans son mode d'exécution : *temporaire* ou *perpétuelle*, suivant la gravité du délit, elle se combine avec le travail ; s'aggrave de la solitude et même de l'obscurité et du changement de nourriture, suivant les exigences de l'ordre ou les besoins de la réforme morale du condamné; elle se plie à tous les genres de criminalité : légère pour les délits légers, grave et terrible pour les crimes atroces. Elle procure à la société l'expiation de l'offense, et lui promet la régénération du coupable ; elle ne laisse aucune erreur irréparable. C'est donc à cette peine que l'ordre social semble devoir demander le plus souvent les garanties dont il a besoin.

53. La *détention*, peine nouvellement introduite dans nos lois, n'est qu'une variété de la reclusion ; elle n'en diffère que par le mode d'exécution. « Quiconque, porte l'article 20 du code pénal, aura été condamné à la détention, sera renfermé dans l'une des forteresses situées sur le territoire continental du royaume, qui auront été déterminées par une ordonnance rendue dans la forme des règlements d'administration publique. Il communiquera avec les personnes placées dans l'intérieur du lieu de la détention ou avec celles du dehors, conformément aux règlements de police établis par une ordonnance du roi. — La détention ne peut être prononcée pour moins de cinq ans, ni pour plus de vingt ans, sauf les cas prévus par l'article 33 [2]. » Ainsi les condamnés ne peuvent être assujettis à aucun travail, et les communications, soit entre eux, soit avec leur famille et leurs amis, sont formellement autorisées. Le législateur a voulu adoucir la peine ; toutes les mesures, telles que

[1] Des prisons de Philadelphie, par un Européen.

[2] Le cas de rupture de ban par un condamné au bannissement.

le travail ou la solitude, qui pouvaient l'aggraver, en ont été bannies : elle se borne à la simple privation de la liberté.

La détention est destinée à réprimer les attentats politiques. « Cette peine, disait M. Taillandier, lors de la discussion de la loi, portera aux âges futurs la preuve du haut degré de civilisation auquel notre patrie est arrivée [1]. » Et en effet elle manquait à nos lois; elle révèle un esprit de mansuétude et d'humanité qui honore le législateur. Les délits que la détention est destinée à punir supposent moins de perversité que d'audace, moins de corruption dans le cœur que d'inquiétude dans l'esprit, en un mot, moins de vices que de passions. L'amélioration morale a beaucoup moins à faire ; le temps et la reclusion suffisent ; le but que le législateur se propose, c'est la sécurité de la société, et la détention l'assure. Il est donc inutile de l'aggraver soit par le régime humiliant, soit par les travaux pénibles des prisons. « C'est, dit le rapporteur de la chambre des députés, une peine spéciale réservée à des crimes spéciaux, et qui ne peut pas plus être appliquée aux autres peines, que les crimes politiques ne peuvent être comparés aux autres crimes [2].

54. Nous terminerons ce chapitre par un rapprochement des systèmes répressifs qui sont considérés comme les moins défectueux.

Le code pénal d'Autriche ne prononce que deux peines : la mort, et la détention du coupable dans une prison ; mais cette dernière peine se divise en trois degrés : la prison est simple, dure et très-dure, suivant le degré de la culpabilité ; elle peut encore être aggravée par le travail public, par l'exposition au carcan, par des coups de bâton et de verges, et par le jeûne. Dans tous les cas, à la peine de la prison est jointe l'obligation du travail.

Les pénalités du code du Brésil sont plus variées : après la peine de mort, viennent les galères, la prison aux travaux, la prison simple, le bannissement, la déportation, l'exil local, enfin l'amende propor-

[1] Code pénal progressif, p. 114.
[2] *Ibid.*, p. 100.

tionnelle, réglée selon ce que les condamnés peuvent retirer chaque jour de leurs biens.

Les peines de la loi anglaise se réduisent à un petit nombre : la peine de mort, la transportation à Botany-Bay, l'emprisonnement avec ou sans travail (with or without hard labour), le pilori, le fouet et les amendes [1].

Enfin, le système pénal du code de la Louisiane se résume dans ces termes : amendes pécuniaires, destitution d'office, simple emprisonnement, privation temporaire des droits civils, privation permanente des droits civils, emprisonnement aux travaux de force à temps ou à vie, enfin reclusion solitaire durant des périodes fixées par la sentence.

En examinant ces divers systèmes répressifs, en suivant leurs applications, il serait facile d'établir que l'échelle pénale de notre code est moins défectueuse encore que celle des autres codes, celui de la Louisiane excepté. Mais ce dernier code, qui supprime la peine de mort et s'adapte entièrement au système pénitentiaire, attend encore la sanction de l'expérience. En matière pénale, le législateur ne doit s'avancer qu'avec une sage réserve dans la carrière des innovations ; on ne doit pas légèrement désarmer la loi. Nous pensons donc, et c'est à cela que se résument nos observations, que le système pénal du code, sans être bouleversé, comme l'ont proposé quelques publicistes, pourrait être utilement modifié. En maintenant la peine de mort avec quelques sages restrictions, en maintenant les peines perpétuelles, ces deux premiers degrés de l'échelle, il faudrait détruire la distiction qui sépare les peines afflictives, infamantes et non infamantes, resserrer l'emploi des travaux forcés, confondre la reclusion avec l'emprisonnement laborieux, élargir cette peine pour y comprendre la plupart des crimes contre la propriété, enfin assigner au régime des prisons un but pénitentiaire. A ces simples termes semblent se réduire les réformes les plus urgentes ; et la société doit

[1] Summary of the criminal law, by Henri Stephen, 1834, p. 329.

les accueillir sans effroi, car elle y trouve de nouvelles garanties pour l'avenir, et elle conserve toutes celles qu'elle possédait déjà.

CHAPITRE VI.

DES PEINES INFAMANTES.

(*Commentaire des art. 22, 32, 33, 34 et 35 du C. pén.*)

55. Distinction des peines infamantes et non infamantes.
56. Définition de la peine du bannissement (art. 32).
57. Dans quels cas cette peine est appliquée.
58. De l'infraction par le banni de son ban (art. 33).
59. Définition de la dégradation civique (art. 34).
60. Examen des déchéances qu'elle entraîne.
61. Incapacité d'exercer certaines fonctions.
62. Incapacité de témoigner en justice.
63. Incapacité de port d'armes.
64. Incapacités de faire partie de la garde nationale, de l'armée, de tenir école.
65. De l'emprisonnement attaché à la dégradation civique (art. 35).
66. De la peine de l'exposition et de son abrogation (art 22).

---

55. Nous avons parlé, dans le chapitre qui précède, de cette distinction capitale que le code a reprise de notre ancien droit criminel, et qui consiste à séparer parmi les peines celles qui sont infamantes et celles qui ne sont pas infamantes. Il nous semble parfaitement inutile d'insister sur ce sujet [1].

Le code, depuis la suppression du carcan, ne compte plus que deux peines exclusivement infamantes : le *bannissement* et la *dégradation civique*. On ajoutait, avant le décret du 12 avril 1848, l'*exposition publique*, qui, abolie comme peine principale sous le nom du carcan, avait été conservée comme peine accessoire avec les mêmes caractères et les mêmes effets.

56 Le *bannissement* est défini par les articles 32 et 33 du code

[1] *Suprà*, p. 74 et suiv.

pénal[1] : c'est l'expulsion du condamné du territoire. On peut considérer cette peine sous deux points de vue : comme une peine générale applicable à des crimes d'un ordre différent, ou comme une mesure spéciale réservée à des crimes d'une nature particulière et identique.

Beccaria propose d'appliquer le bannissement aux cas les plus divers : il semble qu'il ait voulu en faire une peine universelle pour tous les délits. « Celui qui trouble la tranquillité publique, dit-il, qui n'obéit point aux lois, qui viole les conditions sous lesquelles les hommes se soutiennent et se défendent mutuellement, celui-là doit être exclu de la société, c'est-à-dire banni[2]. » On retrouve dans cette idée une influence vivante encore des républiques anciennes : l'exil était la peine la plus commune des citoyens de la Grèce et de Rome. Les Romains en distinguaient trois espèces : le premier laissait à l'exilé le choix de tous les lieux, moins un seul ; le second le fixait dans un lieu à l'exclusion de tous ; le troisième le jetait dans les fers d'une île, *in vinculum insulæ*.

Considéré sous un point de vue général, le bannissement a été parfaitement défini par M. Pastoret, l'action de s'envoyer de peuple à peuple l'écume de la société. « L'universalité de cette peine, ajoute ce publiciste, démontre bien chez toutes les nations l'égoïsme de la loi. Au lieu de nous regarder comme une immense famille, nous rejetons sans pitié sur les peuples voisins un mal redouté... Quand le délit tient moins à la demeure du coupable qu'à ses inclinations ou

[1] Art. 32. Quiconque aura été condamné au bannissement sera transporté, par ordre du gouvernement, hors du territoire du royaume. — La durée du bannissement sera au moins de cinq années, et de dix ans au plus.

Art. 33. Si le banni, avant l'expiration de la peine, rentre sur le territoire du royaume, il sera, sur la seule preuve de son identité, condamné à la détention pour un temps au moins égal à celui qui restait à courir jusqu'à l'expiration du bannissement, et qui ne pourra excéder le double de ce temps.

[2] Des délits et des peines, ch. 17.

à sa misère, il ne trouve dans son éloignement ni correction ni ressource[1]. »

Il est certain que le bannissement, fût-il un remède efficace, est peu en harmonie avec la justice et les procédés que les nations se doivent entre elles. Le coupable, chassé d'un pays, doit nécessairement se réfugier dans un autre; et partout où il porte ses pas ses inclinations perverses le suivent, il amène le fléau de sa corruption. Si le crime qu'il a commis a rendu sa présence dangereuse dans sa patrie, comment deviendrait-elle inoffensive dans la contrée qu'il a choisie pour asile? Y trouvera-t-il des ressources plus abondantes pour prévenir sa rechute? Quelque distance placée entre le lieu du crime et le criminel aura-t-elle pour effet d'amender tout à coup ses penchants vicieux? Chaque nation, d'ailleurs, aurait le droit de se plaindre d'une loi qui fait de son territoire un repaire des bandits de ses voisins, chaque nation aurait le droit de leur refuser l'entrée de son territoire; et dès lors quelle serait une peine qui ne pourrait être infligée qu'avec le consentement d'un peuple étranger, et qu'il serait nécessaire de commuer sans cesse en une autre peine d'une nature et d'une gravité différentes?

Ces considérations ont été suffisantes pour dérober à l'application de cette peine les crimes communs; aussi, de nos jours, n'est-elle infligée que rarement, et pour des crimes politiques. C'était là l'intention des rédacteurs du code qui la rétablirent.

M. Treilhard s'exprimait ainsi : « Nous avons rétabli la peine de la relégation ou du bannissement; elle nous a paru convenable pour certains crimes politiques qui, ne supposant pas toujours un dernier degré de perversité, ne doivent pas être punis des peines réservées aux hommes profondément corrompus. » M. d'Haubersart ajoutait devant le corps législatif : « Le bannissement avait été aboli par l'assemblée constituante; il faut convenir qu'appliqué comme il l'était alors aux délits de toute nature, cette suppression était politique et sage; le bannissement, à cette époque, était un échange de malfaiteurs entre

[1] Lois pénales, t. 1, 2e part., p. 112.

les gouvernements : aussi n'est-il rétabli par le projet que pour les crimes politiques; ainsi modifiée, cette peine devient sans inconvénient. Un homme, en effet, peut être mauvais citoyen dans un pays, et ne l'être pas dans un autre; la présence du coupable d'un délit politique n'a ordinairement qu'un danger local, et qui peut disparaître dans le gouvernement sous lequel se fixe le banni [1]. »

M. Rossi [2] et M. Charles Lucas [3] s'accordent aussi à considérer le bannissement comme approprié aux délits de cette nature : il perd alors, suivant ces publicistes, ce qu'il a de malfaisant et de dangereux quand on l'applique à une grande masse d'hommes coupables de crimes divers; il est en même temps suffisant pour le but de la justice sociale [4].

M. Livingston ne partage pas cette opinion : « Même appliqué aux crimes d'État, dit-il, ce mode de châtiment est dangereux, car un factieux trouve souvent au dehors des moyens de nuire plus efficaces et plus redoutables que ceux que lui eût fournis sa patrie [5]. »

Nous ajouterons que la convenance de cette peine pouvait n'être point contestée à une époque où le bannissement retranchait complétement le banni de sa patrie. Mais dans nos États modernes, où la facilité des correspondances fait, pour ainsi dire, vivre l'exilé au milieu de son pays, où la rivalité des nations et la solidarité des partis offrent partout à l'exilé des amis et des auxiliaires, le bannissement est quelquefois, en matière politique, une peine très-peu préventive : il renvoie le condamné à ses complices [6].

Ensuite on doit remarquer que cette peine n'est nullement *exemplaire*, puisque le mal que souffre le banni est entièrement perdu pour l'exemple; et qu'elle est essentiellement *inégale*, puisqu'à l'égard de certains hommes, elle peut être absolument nulle, tandis que

[1] Locré, t. 29, p. 205, 222.
[2] Traité du droit pénal, t. 3, p. 188.
[3] Du Système pénal, liv. 3.
[4] On peut citer pour exemples les lois des 12 janvier 1816 et avril 1831.
[5] Report on the plan of a penal Code, p. 20.
[6] Rapport de M. Dumon, Code pénal progressif, p. 152.



pour d'autres ses rigueurs sont telles qu'ils lui préféreraient la mort. En appliquant cette peine, le législateur ignore donc le degré de sévérité qu'il déploie, il ne connaît pas le mal qu'il inflige; il sait seulement que ce mal, quel qu'il soit, sera perdu pour l'instruction de ceux qui pourraient imiter le condamné.

57. Il peut donc sembler étrange qu'une peine aussi défectueuse ait été maintenue dans l'échelle pénale, lors de la révision de 1832; mais les mêmes motifs qui ont fait conserver la déportation militaient pour le bannissement, et puis l'on n'était pas d'accord sur la peine qui pouvait remplacer celle-ci. La commission de la chambre des députés n'a osé proposer que dans quatre cas la substitution de la détention au bannissement; et cette substitution, fortement combattue parce qu'elle constituait une véritable aggravation des pénalités du code, n'a été adoptée qu'à l'égard des articles 78, 81 et 82; elle a été rejetée de l'article 124, qui punit la coalition des fonctionnaires contre les ordres du gouvernement [1]. Le motif qui l'a fait adopter dans les premiers articles cités est même tout spécial : ces articles supposent et punissent les correspondances avec l'étranger dans le but de lui livrer les plans de nos fortifications et de nos places fortes Or on a pensé que punir du bannissement le Français qui trahit la France pour l'étranger, ce n'est autre chose que lui donner les moyens d'aller toucher le prix de sa trahison; c'est l'atteindre d'une peine illusoire. C'est donc la spécialité du délit qui a seule déterminé la modification de la peine.

Dans tous les autres cas prévus par le code [2], la peine du bannissement a été maintenue. En parcourant les infractions qui en restent frappées, on en trouve quelques-unes qui n'auraient jamais dû figurer dans l'énumération des délits; telles sont la coalition des fonctionnaires pour s'opposer aux ordres du gouvernement (article 124), et la correspondance, sans autorisation, d'un ministre du culte avec la

[1] Code pénal progressif, p. 152.

[2] *Voyez* les articles 81, 85, 102, 110, 115, 124, 156, 158, 202, 204 et 208.

cour de Rome (article 208). Il en est d'autres, telles que la censure du gouvernement dans des instructions pastorales, la provocation à lui désobéir par un ministre du culte (articles 202 et 204), qui sont punies trop sévèrement par le bannissement. Enfin les delits prévus par les articles 156 et 158 n'ont aucun caractère politique : la falsification d'une feuille de route, et le fait de recevoir des frais de route avec cette feuille falsifiée, constituent un délit commun dont on recherche vainement l'analogie avec cette peine.

58. L'article 33 du code prévoit le cas où le banni a rompu son ban avant l'expiration de la peine. « Il sera, porte cet article, sur la seule preuve de son identité, condamné à la détention pour un temps au moins égal à celui qui restait à courir jusqu'à l'expiration du bannissement, et qui ne pourra excéder le double de ce temps. » L'ancien article portait la peine de la déportation : or, comme le mode actuel d'exécution de cette peine est la détention à perpétuité, on a dû lui substituer la détention à temps, peine assurément suffisante pour punir la simple infraction du ban. Mais il est à remarquer que ce n'est point la détention de cinq à vingt ans, portée par la loi, que cet article a prononcée : c'est une peine d'une nature exceptionnelle et particulière, dont la durée, essentiellement variable, peut s'abaisser jusqu'à un seul jour et se prolonger jusqu'à vingt ans.

L'infraction du ban n'est point un délit moral ; c'est une contravention purement matérielle ; le seul fait de la présence du condamné sur le territoire la consomme ; aussi l'article 33 dispose-t-il que la peine doit être appliquée *sur la seule preuve de l'identité* du condamné. Il suit de là que la procédure est celle que déterminent les articles 518 et 519 du code d'instruction criminelle. La cour d'assises qui a prononcé la première condamnation est donc seule compétente pour connaître de cette contravention, et elle doit prononcer sans assistance de jurés, car il n'y a point ici de faits à apprécier, d'intention à débattre. Quelle serait la mission des jurés? Tout le procès se résume dans la reconnaissance du fait matériel de l'identité et dans l'application de la peine. Or les articles 519 et 365 du code d'instruction criminelle réservent aux juges de la cour cette

double attribution. Mais on doit remarquer que, d'après les termes mêmes de l'article 33 du code pénal, cette poursuite ne saurait être formalisée par contumace : il faut que le banni ait été repris, qu'il soit présent aux débats, et que son identité soit matériellement constatée, pour que la peine de la détention puisse l'atteindre. La cour de cassation a reconnu ce principe dans ses arrêts [1].

59. La *dégradation civique* est la seconde peine infamante; les articles 34 et 35 du code décrivent les peines et les incapacités dont elle se compose [2]. Elle est prononcée dans certains cas comme peine principale; mais elle est l'accessoire nécessaire des travaux forcés à temps, de la détention, de la reclusion ou du bannissement (art. 28 du code pénal). Les peines perpétuelles emportent la mort civile.

La dégradation civique ne se manifeste par aucun acte extérieur; elle prend sa source dans le jugement même de la condamnation; c'est le prononcé de ce jugement qui la constate. Il n'en était pas ainsi sous l'empire du code pénal de 1791 : l'article 31 de ce code (1re partie, titre 1) disposait que le coupable qui aurait été con-

[1] Arr. 6 mars 1817.

[2] Art. 34. La dégradation civique consiste : 1° dans la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois ou offices publics; 2° dans la privation du droit de vote; d'élection, d'éligibilité, et en général de tous les droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune décoration; 3° dans l'incapacité d'être juré, expert, d'être employé comme témoin dans des actes, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements; 4° dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille, et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur, ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants et sur l'avis conforme de la famille; 5° dans la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école, ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction, à titre de professeur, maître ou surveillant.

Art. 35. Toutes les fois que la dégradation civique sera prononcée comme peine capitale, elle pourra être accompagnée d'un emprisonnement dont la durée, fixée par l'arrêt de condamnation, n'excédera pas cinq ans. — Si le coupable est un étranger, ou un Français ayant perdu la qualité de citoyen, la peine de l'emprisonnement devra toujours être prononcée.

damné à la peine de la dégradation civique serait conduit sur la place publique du lieu où siégeait le tribunal qui l'avait prononcée, et que là le greffier lui adresserait ces mots : « Votre pays vous a trouvé convaincu d'une action infâme ; la loi et le tribunal vous dégradent de la qualité de citoyen français. »

Lors de la discussion du code pénal de 1810, quelques objections furent émises au sein du conseil d'État contre cette peine. Cambacérès proposait de la retrancher, parce que, établie comme peine accessoire, elle semblait contrarier la maxime *non bis in idem*. M. Bérenger ajoutait que les interdictions qu'elle créait deviendraient des exemptions au lieu d'être des peines [1]. Mais il fut répondu par M. Treilhard que la peine la plus convenable qu'on pût infliger à celui qui avait troublé la paix et commis quelque délit dans une assemblée politique, était de lui en interdire l'entrée [2]. L'exposé des motifs du code ajouta : « Il est des délits qui présentent avec l'exercice de ces droits une alliance offensante, et que repoussent le noble caractère des uns, l'intérêt grave ou touchant des autres. Les plus belles fonctions du citoyen ne doivent pas être confiées à l'homme qui vient de porter atteinte aux principes et aux vertus sans lesquels l'exercice en devient dangereux. » Nous reprendrons tout à l'heure ces diverses considérations.

Le législateur de 1832 a aggravé cette peine, et en même temps a multiplié les cas de son application : les incapacités ont été étendues au droit de faire partie de la garde nationale, à celui de tenir école. Elle peut être accompagnée d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de cinq ans. Et c'est ainsi modifiée qu'elle a été substituée à la peine principale du carcan.

Cette peine peut être, sous plusieurs rapports, l'objet de justes critiques. Ses principaux vices sont d'être perpétuelle comme toutes les peines infamantes, et de n'avoir aucune analogie avec la plupart

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séance du 8 octobre 1808. Locré, t. 29, p. 122.

[2] Locré, 29, p. 201.

des délits qu'elle est destinée à réprimer. En effet, les incapacités qu'elle entraîne sont si nombreuses et si variées, qu'il est presque impossible qu'elles s'appliquent avec la même raison à la même personne, au même délit. Ainsi on conçoit que l'on punisse de la privation des droits politiques le citoyen qui a falsifié les billets d'un scrutin, de la destitution d'une tutelle celui qui a été condamné pour vol ou pour corruption de mineur, de la perte de son titre le juge dont la faveur ou la haine a dicté le jugement, de la privation du droit de port d'armes celui qui en a fait un funeste usage, etc.; mais la réunion de ces diverses incapacités sur une seule tête, à raison d'un seul fait, est une mesure le plus souvent irrationnelle, quelquefois dérisoire. On peut s'en convaincre en parcourant les articles du code qui la prononcent [1]. Où est l'analogie entre la privation des droits de famille et le fait d'un préfet ou d'un magistrat qui se sera immiscé dans un pouvoir étranger à ses attributions (articles 127 et 130)? Quels rapports trouver entre le droit de chasse, le droit de servir dans l'armée ou celui de tenir école, et le fait d'un fonctionnaire qui, de concert avec plusieurs autres, a donné sa démission (article 126), ou qui n'a pas obtempéré aux premières réquisitions d'un citoyen qui lui dénonçait une détention illégale (article 119)?

60. Arrêtons-nous à quelques-unes de ces incapacités.

La première, la privation des droits politiques, mérite particulièrement de fixer l'attention. A mesure que nos institutions se développent, que le principe électoral reçoit une plus large application, que les droits politiques des citoyens deviennent plus nombreux, la jouissance de ces droits acquerra plus d'importance, et cette peine prendra un caractère particulier de gravité. Il suit de cette observation qu'elle peut être employée avec efficacité vis-à-vis de certains délits, à l'égard d'une certaine classe de personnes. Mais c'est une peine qui ne peut être employée qu'avec une grande réserve et beaucoup de prudence. Car les droits politiques s'exercent au profit d'autrui; les dissensions civiles pourraient s'en servir dans un but personnel,

[1] Art. 111, 114, 119, 121, 126, 127, 130, 167, 183, 366.

et le pouvoir judiciaire en faire un moyen de réaction sur l'ordre politique.

M. Rossi refuse de voir, dans les droits civils ou de famille, matière de pénalité[1]. « On parle, dit-il, de droits dont on interdit l'exercice. Il serait plus exact de parler d'obligations dont on interdit l'accomplissement, de services qu'on empêche de rendre, et cela dans le but de punir celui sur lequel ces charges devraient peser. » Cette observation, qui ne fait que reproduire celle de M. Bérenger au conseil d'Etat, est spécieuse; mais il nous semble qu'elle a moins pour effet d'inculper la nature de la peine que l'application maladroite qui en a été faite à quelques espèces On reconnait que celui qui a été condamné pour faux, pour vol, doit être considéré comme incapable de gérer une tutelle, ou de faire partie d'un conseil de famille. L'incapacité légale, limitée aux cas où elle ne repose point sur une fiction, n'est donc que la reconnaissance d'un fait reconnu, incontesté. Mais la loi proclame une indignité et non une exemption; elle doit donc s'arrêter dès qu'il y a possibilité que la charge soit exercée sans détriment pour la famille.

61. [[Ces idées ont pénétré l'esprit du législateur, et les incapacités ou déchéances de droits, appliquées isolément à l'exercice de certaines fonctions, sont devenues un accessoire commun des peines qui sont infligées à quelques délits, et même des peines d'un certain degré. C'est ainsi que la loi du 4 juin 1853 déclare incapables d'être jurés, non-seulement les individus qui ont été condamnés à des peines afflictives ou infamantes, mais ceux qui ont été condamnés à des peines correctionnelles pour fait qualifié crime par la loi, ceux qui ont été condamnés à un emprisonnement de trois mois au moins, ceux qui ont été condamnés, quelle que soit la durée de l'emprisonnement, pour vol, escroquerie, abus de confiance, soustractions commises par des dépositaires publics, attentats aux mœurs, outrage à la morale publique et religieuse, attaque contre le principe de la propriété et les droits de la famille, vagabondage ou mendicité, délit d'usure. C'est

[1] Traité de droit pénal, t. 3, p. 207.

ainsi que l'art. 8 de la loi du 31 mai 1850 et l'art. 15 du décret du 2 février 1852 défendent l'inscription sur les listes électorales des individus compris dans les mêmes catégories et condamnés pour les mêmes faits. C'est ainsi que l'art. 56 de la loi du 15 mars 1850 déclare incapables de tenir une école publique ou libre, ou d'y être employés, les individus qui ont subi une condamnation pour crime ou pour un délit contraire à la probité ou aux mœurs, et les individus privés par jugement de tout ou partie des droits mentionnés en l'article 42. On trouve encore des dispositions analogues dans l'article 2 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, et dans l'art. 9 de la loi du 13 juin 1851 sur la garde nationale. Il y a lieu de remarquer que ces incapacités, qui constituent, prises dans leur ensemble, la dégradation civique, et que les tribunaux correctionnels peuvent prononcer isolément les uns des autres, en vertu de l'art. 42 du code pénal, sont encourues de plein droit, en vertu des lois qui viennent d'être rappelées, et lors même qu'elles n'ont pas été judiciairement prononcées. Elles ne sont point, dans ces divers cas, considérées comme des peines, mais seulement comme des conséquences légalement attachées au fait de telle condamnation.]]

62. L'une des incapacités les plus bizarres que la loi ait créées est celle de déposer en justice. Notre ancien droit déclarait également reprochables les personnes notées d'infamie, et en général les repris de justice[1] : c'est dans la loi romaine que cette disposition avait été puisée[2]. On a dit pour la soutenir : un homme flétri pour un faux, pour un parjure, peut-il être admis à l'honneur de témoigner? peut-il mériter aucune créance? La réprobation qui repousse un pareil témoin n'est-elle pas universelle?

Nous répondrons que plus ce témoignage est suspect, moins il est dangereux; qu'il suffit que les juges connaissent la moralité de ce

[1] Muyart de Vouglans, p. 787.

[2] Lege Juliâ de vi cavetur ne hâc lege reum testimonium dicere liceret qui publico judicio damnatus erit. L. 3, § 5, ff. de Test. — Quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem. L. 3, ff. de Test.

témoin et la circonstance qui le rend moins digne de foi ; qu'il n'est pas à craindre que, poursuivi d'un pareil reproche, il obtienne trop de confiance ; qu'il ne faudra rien moins que la déposition la plus claire, la plus soutenue, la plus liée, pour entraîner une conviction combattue par cette sorte de contre-témoignage que le caractère du témoin apporte lui-même.

Cependant M. Carnot a été plus loin que la loi : il a pensé que les condamnés, déclarés incapables de déposer en justice, ne devraient pas y être appelés, même pour y donner des renseignements. « Que peuvent être, dit cet auteur, les renseignements qu'ils donnent, si ce n'est un véritable témoignage qu'ils portent? Ce sont même des témoins plus dangereux que tous les autres, puisqu'ils doivent déposer sans prestation de serment préalable. On dit, à la vérité, qu'ils peuvent devenir des témoins nécessaires ; mais peut-on mettre en considération un cas aussi rare, avec l'admission de pareils gens dans le sanctuaire de la justice [1]? »

Comment le sanctuaire de la justice serait-il profané par ce témoignage, s'il est un moyen d'arriver à la connaissance de la vérité? Supposez qu'un homme flétri par la justice ait seul été témoin d'un crime ; faudra-t-il, pour ne pas admettre sa déposition, protéger ce crime de l'impunité? « Il y a un mode de punition, dit Bentham, où pour faire une égratignure au coupable on passe une épée au travers du corps d'un innocent : je veux parler de cette peine infamante qui rend inadmissible à témoigner [2]. » La seule raison de rejeter un témoin est dans la crainte qu'inspire sa véracité. Mais, s'il n'a pas d'intérêt à mentir, pourquoi cèlerait-il la vérité? S'il ment, son mensonge même sera peut-être un moyen d'arriver au vrai.

Au reste, la cour de cassation paraît avoir été dominée par ces réflexions, quand elle a décidé que l'audition, avec prestation de serment et en qualité de témoin, d'un individu flétri par une condamnation infamante, ne pouvait entraîner la nullité des débats Ce

[1] Comment. du Code pénal, t. 1, p. 99.

[2] Théorie des peines, p. 140.

n'est, d'après la jurisprudence de cette cour, que lorsque le ministère public ou l'accusé s'oppose à l'audition avec serment, que sa prestation est prohibée : ainsi l'incapacité de la loi ne fait plus qu'armer les parties de la faculté de repousser le témoignage; elle ne le rejette point d'une manière absolue [1].

63. Parmi les droits énumérés dans l'article 34, se trouve celui de port d'armes. Le droit de port d'armes est naturel à l'homme; les Français en jouirent pendant des siècles. Une loi du 18 juillet 1716, dans le but de réprimer la contrebande à main armée, défendit de porter des armes; mais les gentilshommes, *les gens vivant noblement* (ce qui comprenait les *propriétaires*, les *professions libérales*, les *bourgeois des villes* et les *officiers de justice royale*), furent formellement exceptés de la défense, et le port d'armes leur demeura permis [2]. Les décrets du 4 août 1789, en abolissant les priviléges, eurent nécessairement pour effet de rendre à tous les Français les droits que l'ancienne législation réservait à une classe privilégiée. Aussi un décret du 20 août 1789 n'interdit le port d'armes qu'aux gens sans aveu et aux vagabonds, et l'article 15 de la loi du 30 avril 1790 constate le droit qui appartient à tout propriétaire d'avoir des armes à feu. L'article 34 du code pénal confirme évidemment ce principe, puisqu'il en résulte que la privation du droit de port d'armes est une peine qui ne peut être appliquée que par les tribunaux, et pour un délit défini par la loi. Ainsi, d'après la législation, le port d'armes est un droit civil qui appartient à tous les citoyens, et l'action de la police ne peut s'exercer que sur les armes *prohibées*, dont la nature justifie des précautions particulières.

Le droit de port d'armes étant un droit commun des citoyens, la privation de ce droit peut à juste titre faire l'élément d'une peine; et il est certains cas où cette incapacité peut être appliquée avec fruit,

[1] Cass. 18 nov. 1819 et 22 janv. 1825 (Sirey, 25-1-312).

[2] On trouve des dispositions identiques dans les ordonnances des 28 déc. 1355, 12 mars 1478, 25 nov. 1487, 25 nov. 1557, août 1561, 4 déc. 1679.

par exemple aux délits de voies de fait et de violences exercées sur les personnes. Mais il est visible que cette peine n'offre aucune analogie avec le plus grand nombre des délits que la loi a punis de la dégradation civique.

[[La loi du 3 mai 1844 sur la chasse a fait une remarquable application de cette déchéance. L'article 6 porte : « Le préfet pourra refuser le permis de chasse : 2° à tout individu qui, par une condamnation judiciaire, a été privé de l'un ou de plusieurs des droits énoncés dans l'article 42 du code pénal, autres que le droit de port d'armes ; 3° à tout condamné à un emprisonnement de plus de six mois pour rébellion ou violences envers les agents de l'autorité publique ; 4° à tout condamné pour délit d'association illicite, de fabrication, débit, distribution de pondre, armes ou autres munitions de guerre ; de menaces écrites ou de menaces verbales avec ordre ou sous condition ; d'entraves à la circulation des grains ; de dévastations d'arbres ou de récoltes sur pied, de plants venus naturellement ou faits de main d'hommes ; 5° à ceux qui ont été condamnés pour vagabondage, mendicité, vol, escroquerie ou abus de confiance. La faculté de refuser les permis de chasse aux condamnés dont il est question aux § 3, 4 et 5, cessera cinq ans après l'expiration de la peine. » L'article 8 ajoute encore : « Le permis de chasse ne sera pas accordé : 1° à ceux qui, par suite de condamnations, sont privés du droit de port d'armes ; 2° à ceux qui n'auront pas exécuté les condamnations prononcées contre eux pour l'un des délits prévus par la présente loi ; 3° à tout condamné placé sous la surveillance de la haute police. »]]

64. L'article 34 mentionne encore trois incapacités. La première est celle de faire partie de la garde nationale. Cette exclusion résultait déjà en partie de l'article 13 de la loi du 22 mars 1831, ainsi conçu : « Sont exclus de la garde nationale : 1° les condamnés à des peines afflictives ou infamantes ; 2° les condamnés en police correctionnelle pour vol, escroquerie, pour banqueroute simple, abus de confiance, pour soustraction commise par des dépositaires publics, et pour attentat aux mœurs. » L'article 9 de la loi du 26 juin 1851

porte également : « Sont exclus de la garde nationale : 1° tous les individus énumérés en l'article 8 de la loi du 31 mai 1850 (sur les élections); 2° les individus privés par jugement de l'exercice de leurs droits civils ou politiques; 3° les individus condamnés à trois mois de prison au moins, par application de la loi du 27 mars 1851 (sur la fraude dans la vente des denrées). » Il faut ajouter maintenant à cette liste d'exclusions, depuis la révision du code pénal, tous les individus qui sont condamnés à la dégradation civique, quelle que soit la nature du fait qui a motivé cette peine.

L'incapacité de servir dans les armées françaises remonte au code de 1810. M. Treilhard la proposa « pour honorer le service militaire. » On la trouve reproduite dans l'article 2 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée : « Sont exclus du service militaire : 1° les individus qui ont été condamnés à une peine afflictive ou infamante ; 2° ceux condamnés à une peine correctionnelle de deux ans d'emprisonnement et au-dessus, et qui, en outre, ont été placés par le jugement de condamnation sous la surveillance de la haute police, et interdits des droits civiques, civils et de famille. » Il semble suivre de cette dernière disposition que la double condition de deux années d'emprisonnement et de l'interdiction des droits civils est exigée pour que l'exclusion soit prononcée; le code pénal accorde, au contraire, cet effet à la seule privation de ces droits.

Enfin la privation du droit de tenir école ou d'enseigner est d'institution nouvelle : elle a été établie, de même que l'incapacité de faire partie de la garde nationale, par la loi de révision du 28 avril 1832; et elle a été confirmée par l'article 5 de la loi du 28 juin 1833, sur l'instruction primaire, qui porte : « Sont incapables de tenir école : 1° les condamnés à des peines afflictives ou infamantes ; 2° les condamnés pour vol, escroquerie, banqueroute, abus de confiance ou attentat aux mœurs, et les individus qui auront été privés, par jugement, de tout ou partie des droits de famille mentionnés aux §§ 5 et 6 de l'art. 42 du code pénal. » Cette disposition a été reproduite par l'article 56 de la loi du 15 mars 1850.

Ces trois dernières incapacités donnent lieu à cette même observa-

tion, que chacune d'elles, prise isolément, pouvait être appliquée avec succès à certains délits, à des infractions distinctes, mais qu'il est au moins étrange de déclarer un fonctionnaire qui s'est rendu coupable soit de démission donnée de concert avec ses collègues, soit de résistance aux ordres du gouvernement, soit d'empiétement sur un pouvoir parallèle, incapable de tenir école, de devenir soldat ou de monter la garde.

En résumé, si l'on considère la dégradation civique comme peine principale, si on la juge sur la diversité des faits auxquels le code l'inflige, il est difficile de justifier l'application simultanée de ses multiples incapacités à des délits d'un ordre secondaire, et dont quelques-uns révèlent plus d'imprudence que d'immoralité. Brisée dans son ensemble, divisée dans ses effets, elle répondrait peut-être à la nature de répression que plusieurs exigent; mais appliquée dans sa complexe unité, imposée avec toutes ses incapacités à chacun de ces faits, quelles que soient sa nature et son immoralité, quels que soient son caractère et la tendance qu'il révèle, cette peine nous paraît défectueuse. Il eût fallu l'assimiler à l'interdiction des droits civiques, autorisée par l'article 42, afin que le juge pût la décomposer dans ses éléments et distribuer chacun d'eux entre les délits, de manière à conserver le rapport intime qui doit exister entre la nature du fait puni et la nature de la peine. C'est ainsi que M. Livingston a su, dans son code, se servir de cette peine et en éviter les inconvénients. Il se contente d'énumérer les droits politiques et civils dont il autorise la suspension ou l'interdiction; et c'est ensuite en incriminant les actions qu'il attache à la perpétration de chacune d'elles l'incapacité qui lui correspond. Les droits d'être expert, de porter témoignage, de tenir école, ne sont point compris dans cette classification [1].

65. L'article 35 du nouveau code pénal dispose que la dégradation civique, lorsqu'elle est prononcée comme peine principale, peut être « accompagnée d'un emprisonnement dont la durée, fixée par

[1] Code of crimes and punisments, art. 93. 94.

l'arrêt de condamnation, n'excédera pas cinq ans. » Cette peine a cela d'étrange, qu'elle est à la fois facultative et qu'elle n'a pas de *minimum ;* de sorte que le juge a le double choix de l'appliquer ou de la répudier, et de l'abaisser, s'il le veut, jusqu'au taux des peines de police. Ainsi tout est vague dans la peine de la dégradation ; ses limites sont indécises, sa portée inconnue, et même, en la fortifiant d'une peine accessoire corporelle, le législateur a abandonné au juge la faculté de la fixer lui-même.

Le rapporteur de la chambre des députés a expliqué le but de cette disposition : « Cet emprisonnement facultatif, a-t-il dit, a pour objet d'atteindre les coupables trop peu punis par les incapacités. La dégradation et l'exclusion de tous emplois publics sont une peine très-grave dans certaines positions ; mais ce n'est qu'une peine nominale dans des situations moins élevées. L'emprisonnement accessoire frappera ceux que la peine principale de la dégradation civique n'aurait pas frappés. » Ce motif, qui nous paraît fort juste, ne doit pas être perdu de vue dans l'application.

L'article ajoute : « Si le coupable est un étranger, ou un Français ayant perdu la qualité de citoyen, la peine de l'emprisonnement devra toujours être prononcée. » La raison de cette exception est qu'à l'égard des étrangers, et des Français qui ont perdu cette qualité, la peine de la dégradation civique n'aurait aucune application. La peine accessoire de l'emprisonnement devient donc la peine principale, et il faut dès lors qu'elle soit impérative et obligatoire. Mais il résulte de là qu'un citoyen pourra subir la peine de l'emprisonnement, et, dans tous les cas, celle de la dégradation civique, c'est-à-dire une peine infamante, tandis que, dans le même cas, un étranger ne subira que la seule peine de l'emprisonnement. Pour remédier à cette inégalité, un député, M. Gaillard-Kerbertin, avait demandé de remplacer, à l'égard de l'étranger, la peine de la dégradation par celle du bannissement. Mais il fut répondu que bannir un étranger, c'était uniquement le renvoyer dans sa patrie, et l'amendement fut rejeté [1].

[1] Code pénal progressif, p. 160.

66. Nous arrivons à la peine accessoire, mais infamante, de l'exposition publique, aujourd'hui heureusement abrogée par le décret du 12 avril 1848.

L'exposé des motifs de la loi du 28 avril 1832 s'exprimait en ces termes : « La peine du carcan peut souvent avoir de fâcheux effets, soit à l'égard du condamné qui la subit, soit à l'égard du public à qui l'on donne le condamne en spectacle. Elle est, il est vrai, fort exemplaire et fort redoutée des condamnés; souvent il n'existe aucun moyen plus efficace de donner au châtiment la même publicité qu'au crime, et de rendre préventive et sensible pour tous l'action répressive de la justice. Mais à ces avantages cette peine joint de graves inconvénients : elle dégrade le condamné à ses propres yeux; il peut, avant l'exposition, avoir conservé quelques sentiments de pudeur; il les perd lorsqu'il a été contraint d'affronter les huées de la populace; et le sentiment de son infamie lui ôte la possibilité comme le désir de regagner l'estime de ses concitoyens. Quant au public, cette peine qui l'effraye peut aussi le dépraver; elle éteint en lui les sentiments de bienveillance et de pitié; elle le familiarise avec la vue de l'infamie. »

Qui n'eût, après ces énergiques paroles, pensé que le projet renfermerait la suppression d'une peine aussi terrible? Il se bornait cependant à en modifier la forme matérielle, et à en restreindre l'application dans des limites plus étroites. Après avoir dévoilé la plaie, il reculait devant le remède. Il faut connaître la face nouvelle que cette demi-mesure législative avait imprimée à la question.

L'exposition publique, exécutée sous des formes diverses, remonte à des temps éloignés. On trouve dans nos plus vieilles coutumes la mention des *droits de carcan et de pilori* comme faisant partie des droits appartenant aux seigneurs hauts justiciers. Le code pénal de 1791 supprima le pilori, et conserva le carcan. Il créa en même temps l'exposition publique, qui n'est que la même peine affranchie du poteau où le condamné est attaché et de l'isolement où le carcan l'expose. Cette peine devint l'accessoire des fers, de la reclusion, de la gêne et de la détention. En 1810, l'exposition fut

supprimée et le carcan maintenu : « Le carcan, disait l'exposé des motifs, isole le condamné; il le laisse seul avec son crime, exposé à toutes les atteintes de la honte, principal ressort de cette peine... On en a rendu, ajoutait l'orateur du gouvernement, l'application plus fréquente, parce qu'on a reconnu son efficacité. »

En effet, cette peine remplissait une place immense dans le système pénal de cette époque : le code en avait usé avec prodigalité. Elle frappait avec une brutalité aveugle, et sans distinction d'âge ni de sexe, de faute première ni de récidive; elle était la même pour celui qui avait été coupable de violence ou d'entraînement passionné, et pour celui qui avait vieilli dans l'habitude du crime. Le code l'attachait par un lien indissoluble, non-seulement à la peine perpétuelle des travaux forcés, mais aux travaux forcés à temps et à la reclusion. Or, en réfléchissant que les peines d'une gravité si différente s'appliquent à des délits que leur péril et leur moralité séparent d'un immense intervalle, on devait s'étonner de les voir inflexiblement suivies d'une peine invariable, dont le supplice grandit seulement à mesure que la culpabilité descend et s'affaiblit.

Un tel système appelait les regards du législateur. Le premier travail de la révision a été de supprimer complétement la peine du carcan comme peine principale : nous venons de voir que la dégradation civque l'a remplacée. Conservée seulement dans le cas d'accession à une autre peine, elle a été réduite à l'exposition publique, reprise à cet effet du code de 1791. Après cette modification matérielle, il s'agissait de combiner un nouveau système d'application.

On voulut d'abord, au lieu d'attacher cette peine à certaines peines, ne l'adjoindre qu'à certains crimes et ne la rendre accessoire nécessaire que de ceux qui supposent le plus d'infamie. Cette classification ne fut point adoptée : on opposa que les inconvénients et les avantages de l'exposition tiennent à des circonstances locales et personnelles, et qu'elle peut, appliquée au même crime, ici produire une impression profonde et solennelle, et là n'être qu'un spectacle inutile et dès lors barbare. On proposa ensuite de la réserver pour les peines les plus graves, et d'en affranchir celle de la reclu-

sion. Mais quelques esprits s'effrayèrent de cette restriction; ils pensèrent que la reclusion isolée serait insuffisante à l'égard des vols domestiques et des vols commis soit dans les auberges, soit dans les ateliers, soit dans les fabriques. On s'arrêta alors, dans le projet, à déclarer la peine de l'exposition purement facultative; il fallait que cette peine fût formellement ordonnée par la cour d'assises : la dispense résultait du silence de l'arrêt; le droit commun était la suppression.

La chambre des députés conserva ce système de peine facultative; mais elle pensa que la rédaction du projet mettrait trop d'obstacles à l'application de la peine; elle créa la nécessité d'une dispense de la part de la cour d'assises. L'exposition redevint le droit commun, la dispense une exception qui devait être prononcée. C'était un premier pas qui s'éloignait de l'esprit d'humanité qu'on remarquait dans le projet.

La chambre des pairs alla plus loin : elle trouva à cette faculté illimitée des inconvénients graves. Elle craignit que les magistrats n'eussent pas toujours la force morale nécessaire pour infliger une peine dont l'effet est quelquefois si terrible, et ne reculassent devant les conséquences de leur arrêt. Elle pensa que si le législateur peut, dans un grand nombre de cas, fixer avec justice l'application de cette peine, il n'en doit pas laisser peser la responsabilité sur les magistrats. Et ce fut d'après ces principes qu'elle proposa de rendre l'exposition nécessaire à l'égard des condamnés aux travaux forcés à perpétuité et des condamnés en état de récidive, et facultative seulement à l'égard des condamnés aux travaux forcés à temps et à la reclusion. Ainsi, l'exposition était encore le droit commun; elle était encore l'accessoire obligé d'une peine, celle des travaux forcés à perpétuité; d'une classe de criminels, les condamnés en récidive; enfin, et d'après l'article 165 du code pénal, d'une classe de crimes, les crimes de faux. A l'égard même des condamnés aux peines des travaux forcés à temps et de la reclusion, la dispense n'était pas de plein droit, il fallait qu'elle fût écrite dans l'arrêt : le silence de cet arrêt

soumettait le condamné à son exécution. C'est dans ce système nouveau qu'elle dut être examinée en 1848.

Les inconvénients de cette peine, ses mauvais effets sur le condamné qu'elle flétrit pour toujours, sur le public qu'elle endurcit et qu'elle déprave par un spectacle d'infamie, ont été retracés avec énergie dans l'exposé des motifs par le garde des sceaux, dont nous avons reproduit les paroles. On peut encore reprocher à l'exposition publique son immorale inégalité qui, agissant en sens inverse de la corruption du condamné, effleure à peine un scélérat incapable de honte, et écrase un malheureux susceptible de repentir. On peut lui reprocher d'être la moins personnelle de toutes les peines, puisqu'elle atteint et accable par sa publicité même une famille tout entière.

Elle dessèche dans l'âme du condamné le germe de l'amendement moral. Quel espoir reste-t-il à celui qui a été signalé, sur une place publique, au mépris et à l'horreur de ses semblables? Il est l'objet d'un anathème irrévocable : si la peine ne produisait pas cet effet, son but serait manqué. Ses concitoyens peuvent le plaindre encore, mais la société lui est fermée; il n'a rien à espérer des hommes, et rien à en craindre. Si la défiance et le mépris général lui ôtent jusqu'à la ressource du travail, il n'a plus de ressource que dans le crime; c'est la loi qui l'y précipite.

Enfin, l'exposition est une peine *indivisible* : elle n'a point de degrés pour les crimes distincts qu'elle flétrit; elle est matériellement la même pour tous. Elle est *irréfragable* : si l'innocence du condamné vient à éclater, comment effacer l'infamie que la place publique a imprimée à son front?

Quels sont donc les motifs qui ont déterminé sa conservation? M. Dumon les a déduits dans son rapport : « Cette peine a une grande efficacité répressive; elle est exemplaire comme la peine de mort, et n'a pas, comme cette peine, le triste dénoûment qui détruit, par la pitié, tous les effets de l'exemple. Elle donne à la sanction pénale la plus imposante publicité, et elle est surtout très-redoutée. »

On ne peut nier, en effet, l'exemplarité de l'exposition. Mais cette qualité ne peut à elle seule faire disparaître les nombreuses défectuo-

sités que nous venons de signaler. « Elle est exemplaire, épouvantable, s'écrie M. Rossi ; elle ne l'est que trop ; mais cette qualité peut-elle racheter l'immoralité de ce moyen de punition, son illégitimité intrinsèque [1] ? » L'exposé des motifs l'a déclaré : « Cette peine, qui effraye le public, peut aussi le dépraver ; elle éteint en lui les sentiments de bienveillance et de pitié, et le familiarise avec la vue de l'infamie. » Doit-on acheter si cher une si désastreuse exemplarité?

Elle intimide les coupables ; mais elle les dégrade, et ferme leur retour à la vertu. Et puis, la terreur est sans doute l'un des effets que l'on doit obtenir en punissant ; mais maintenir une peine qui n'a que ce seul effet, c'est embrasser le seul principe de l'*utile*, abstraction faite de *toute justice morale.*

On peut concevoir cependant que le législateur ait hésité à désarmer le pouvoir social d'un instrument de répression efficace et puissant. Mais il eût été du moins plus fidèle aux principes qu'il rappelait, aux faits qu'il énonçait, s'il en eût restreint l'application aux seuls condamnés à perpétuité. Ceux-là sont considérés par la loi comme perdus pour la société qui les rejette à jamais : elle peut donc les couvrir d'infamie sans un péril trop imminent, puisqu'elle ne doit plus les recevoir dans son sein. Mais n'est-ce pas une déplorable contradiction que d'attacher une indélébile flétrissure à des hommes qui, après dix ans, six ans, cinq ans, vont reprendre rang et place dans la société ; d'unir une peine perpétuelle avec une peine temporaire ; d'infliger à un criminel quelques années de prison pour qu'il redevienne honnête homme, et de le déclarer en même temps et à toujours infâme, de sorte que son repentir même ne puisse effacer son crime?

Nous avons vu les changements que la rédaction du projet de loi a successivement éprouvés. Le principe, quoique resserré dans des termes plus étroits, était resté le même : c'est la faculté laissée au juge d'infliger la peine ou de la retirer. Peut-être cette investiture du juge fut-elle fondée sur une fausse appréciation des limites des

[1] *Voyez* Traité de droit pénal, t. 3.

pouvoirs. Les peines facultatives, outre qu'elles laissent trop d'arbitraire dans la répression, s'éloignent du principe fondamental de la législation criminelle qui sépare le fait et le droit. La cour d'assises doit sans doute être armée du pouvoir d'appliquer dans une juste mesure les peines de la loi aux faits déclarés constants par le jury : mais, si elle est investie du droit de prononcer ou de ne pas prononcer telle peine à la même déclaration du jury, il faut admettre qu'elle devra apprécier, rejuger les faits, par conséquent entrer dans le domaine du fait, empiéter sur les attributions du jury. Ensuite on a exprimé la crainte que le juge ne fût exposé à des soupçons de partialité et à des reproches d'injustice; que ses intentions ne fussent dénaturées, ses préférences calomniées; qu'on ne pût imputer à des considérations de fortune ou de famille la dispense de l'exposition publique accordée au repentir ou au malheur. Mais il existe un péril plus grave, c'est une inégale distribution de la justice. Les coupables du même crime ne supportaient pas les mêmes peines. Et la loi n'imposait aucune règle au juge; elle le livrait à lui-même, à sa conscience, à ses opinions. Que, dans le ressort de telle cour, l'exposition fût regardée par lui comme une peine affligeante et inutile, tous les accusés qu'il pouvait en affranchir ne la subiraient pas. Ensuite, ce système facultatif admis, nous eussions préféré que la cour d'assises fût tenue d'ordonner la peine plutôt que d'en dispenser; que son silence contînt une exemption plutôt qu'une exécution; que le droit commun fût l'affranchissement; l'exception, la prononciation de la peine. Le juge qui prononce une dispense accorde une faveur, et il ne doit point être le dispensateur de priviléges; son silence, au contraire, n'aurait point fait naître la même interprétation. Enfin, il est plus naturel de s'abstenir de prononcer une peine que de motiver une dispense de cette peine La dernière rédaction de l'article 22 du code pénal avait multiplié les expositions.

[[Toutes ces critiques ont été résolues par le décret du 12 avril 1848 que nous avons déjà mentionné, et qui est ainsi conçu : « Le gouvernement provisoire, vu l'article 22 du code pénal, considérant que la peine de l'exposition publique dégrade la dignité humaine,

flétrit à jamais le condamné et lui ôte, par le sentiment de son infamie, la possibilité de la réhabilitation; que cette peine est empreinte d'une odieuse inégalité, en ce qu'elle touche à peine le criminel endurci, tandis qu'elle frappe d'une atteinte irréparable le condamné repentant; que le spectacle des expositions publiques éteint le sentiment de la pitié et familiarise avec la vue des crimes, décrète : — la peine de l'exposition publique est abolie. »]]

CHAPITRE VII.

DES PEINES ACCESSOIRES.

(*Commentaire des art.* 13, 29, 30, 31, 42, 44, 45, 46, 47, 48 *et* 49.)

---

67. Les peines que nous nommons *accessoires* sont des incapacités résultant de certains châtiments, plutôt que des peines proprement dites. Elles consistent dans la privation de différents droits dont jouissent les membres de la cité; cette privation a plus ou moins d'étendue dans l'application *de la mort civile*, *des interdictions de droits*, et *de la surveillance de la haute police.*

La *privation des droits civils* est une source féconde de pénalités qui, maniées avec habileté et appropriées au caractère de chaque délit, peuvent souvent être efficaces.

Le code pénal a donné à cette peine plusieurs degrés. L'interdiction légale n'impose au condamné qu'une seule incapacité : il ne peut administrer ses biens. L'interdiction des droits civils peut s'étendre à plusieurs de ces droits, suivant la nature et la gravité du délit. La

dégradation civique entraîne un ensemble d'incapacités qu'elle fait peser simultanément sur la même tête. Enfin, la mort civile est la privation la plus absolue des droits civils.

68. La *mort civile* est un déplorable legs que notre législation a recueilli dans le vaste héritage du droit de Justinien. Les jurisconsultes romains, dont les décisions sont devenues les lois de l'univers, se sont parfois égarés dans des fictions où respire la subtilité de l'école plus que la sagesse du législateur. On connaît les rigoureuses déductions qu'ils avaient tirées de cette maxime : *Mors civilis æquiparatur naturali* [1]. L'ancien droit français continua religieusement cette douloureuse fiction; toutefois la mort civile ne fut plus que l'accessoire de certaines peines : la condamnation à mort par contumace, et les peines perpétuelles des galères, du bannissement, et de la détention en maison de force. l'entraînèrent seules à leur suite [2]. Enfin le code de 1791 l'avait supprimée [3]; mais les lois révolutionnaires la reprirent au milieu des débris de l'ancienne législation pour l'appliquer aux émigrés [4]; et les rédacteurs du code Napoléon, imbus des vieilles maximes du droit, la replacèrent dans nos lois, malgré l'énergique opposition du tribunat [5].

Nous ne devons point nous arrêter soit à reproduire les opinions des divers publicistes sur la mort civile [6], soit à rappeler, comme l'ont fait quelques auteurs, les nations étrangères qui l'ont effacée de leurs codes [7]. Les lecteurs verront plus loin que, jugée par le légis-

[1] L. relegati ff. de pœnis. — *V.* Farinacius, Quæst. crim., t. 1, quæst. 34, nº 49.

[2] Ord. de 1670, tit. 17, art. 29; ord. de 1747, t. 1, art. 24. — Muyart de Vouglans, p. 75; Jousse, p. 86.

[3] Art. 1, 2 et 3 du tit. 4 du code du 25 sept.-6 oct. 1791.

[4] L. 28 mars 1793, tit. 1, sect. 1, art. 1.

[5] Locré, t. 2.

[6] MM. Rossi, t. 3, p. 204; Livingston, Report on a plan of penal code; Taillandier, *voyez* Code pénal progressif, p. 112; Scipion Bexon, introd., § 26; Mittermaier, etc.

[7] *V.* les codes de la Louisiane, de la Bavière, du Brésil, d'Haïti, etc.

lateur lui-même, son abolition, depuis longtemps préparée, est aujourd'hui accomplie. Nous n'avons point non plus à nous occuper des questions purement civiles que l'application de cette peine a soulevées; ces questions, qui prennent leur source dans les dispositions du code Napoléon, sont étrangères au droit pénal.

69. L'article 25 du code Napoléon dispose que « la condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile; » et l'article suivant ajoute que « les autres peines afflictives perpétuelles n'emportent la mort civile qu'autant que la loi y aura attaché cet effet. » Le code pénal avait donc à déterminer quelles peines perpétuelles entraîneraient cette terrible incapacité : son article 18 déclare qu'elle est la conséquence nécessaire des travaux forcés à perpétuité et de la déportation [1].

Lorsque la réforme de ce code fut agitée, un vif dissentiment se manifesta sur cette question. Le projet préparatoire qui fut communiqué aux cours royales avait supprimé la mort civile; le plus grand nombre des cours, et notamment la cour royale de Paris, approuvèrent cette suppression; quelques-unes la combattirent : la peine fut maintenue dans le projet définitif. Il est impossible de ne pas placer ici les lucides explications que le rapporteur de la chambre des députés donna à cet égard; elles révèlent à la fois la pensée du pouvoir et les obstacles qui en firent ajourner la réalisation.

« La mort civile, disait M. Dumon, est une fiction; est-il digne de la gravité du législateur de fonder une peine sur une fiction? Quelle n'est pas d'ailleurs l'inégalité de cette peine qui, pour quelques condamnés, équivaut à la mort même; qui, pour d'autres, n'ajoute à leur état ni privation ni infamie? La mort civile dissout le mariage; elle rompt de vive force un lien que les parties ne voudraient pas rompre; elle donne à la fidélité les effets du concubinage, elle proscrit la vertu. La mort civile ouvre de plein droit la succession du condamné; qu'importe qu'il mérite sa grâce ou qu'il l'obtienne? il rentre dans la société sans fortune comme sans famille. En cas de condam-

[1] La déportation n'entraine plus la mort civile (loi du 8 juin 1850).

nation par contumace, les effets accomplis au bout de cinq ans deviennent irrévocables; un nouveau jugement, une déclaration d'innocence ne sont plus qu'une dérisoire et stérile réparation. La déshérence, qui attribue à l'État les biens acquis par le condamné, fait revivre la confiscation, et, dans les cas où la représentation n'est pas admise, l'incapacité dont le condamné est frappé dépouille ses enfants, et transporte à d'autres familles l'héritage qu'il aurait recueilli et que ses enfants auraient retrouvé dans sa succession.

» Ces raisons eussent déterminé votre commission à vous proposer l'abolition de la mort civile, si cette abolition n'eût entraîné après elle des conséquences nombreuses sur la plupart desquelles il n'appartient guère à une loi pénale de statuer. Affranchi de la mort civile, le condamné tombera sous l'interdiction que le code pénal prononce; mais les incapacités qui résultent de cette interdiction sont-elles suffisantes? L'autorité paternelle, l'autorité maritale, peuvent-elles s'exercer du fond d'un bagne avec quelque dignité ou quelque fruit? Le droit de donner ou de recevoir peut-il être laissé à celui qui n'exercerait souvent ce droit que sous les inspirations du crime ou comme un bénéfice d'infamie? Les biens dont la propriété est rendue au condamné seront des biens d'interdit, c'est-à-dire frappés d'indisponibilité, et soumis à tous les embarras d'une administration légale : sa femme et ses enfants n'auront aucun droit sur ces biens, et périront peut-être de misère au sein de cette fortune dont personne ne pourra jouir [1]. Il y a des contrats que rompt la mort civile; quels seront, sur ces contrats et sur les droits des tiers, les effets de son abolition?

» Il est évident que la loi qui supprimera la mort civile devra statuer, par des règles nouvelles, sur l'état du condamné, sur la possession de ses biens, et sur les droits des tiers. Tout en déclinant ce travail, comme trop étranger à celui dont vous l'avez chargée, votre commission appelle spécialement sur cette matière l'attention du gouvernement [2]. »

[1] Cette proposition est inexacte. V. *infrà*, p. 105 et 106.

[2] Code pénal progressif, p. 111.

Ces considérations entraînèrent le vote de la chambre des députés, qui repoussa successivement la proposition de M. Taillandier qui avait pour objet l'abolition immédiate de la mort civile, et un amendement de M. Charamaule qui restreignait la dissolution du mariage au seul cas où le conjoint eût consenti à ce qu'il fût dissous [1].

La chambre des pairs suivit cet exemple, et manifesta les mêmes vœux. « Nous n'avons pas cru, disait M. Bastard, devoir nous occuper de la mort civile ; mais votre commission appelle l'attention du gouvernement sur cette partie de la législation, qui demande non une abolition complète, mais des modifications importantes. » M. Decazes émit une opinion plus tranchée dans la discussion : après avoir qualifié la mort civile de peine *monstrueuse*, il ajouta qu'il ne s'abstenait d'en voter la suppression que parce qu'il avait reçu l'assurance que le gouvernement était dans l'intention de proposer une mesure législative à cet égard. M. le garde des sceaux Barthe confirma publiquement cette assurance : « Il y a nécessité, dit il, de modifier la législation sur la mort civile; mais la commission a parfaitement senti, comme le gouvernement, que ce n'était pas à l'occasion d'une loi sur le code pénal qu'il fallait porter atteinte aux dispositions du code civil Dans une session prochaine, une loi sera présentée aux chambres sur cette grave question [2]. »

La mort civile restait inscrite dans la législation, mais flétrie par le législateur lui-même. Son abolition était sollicitée, elle était devenue nécessaire ; c'était une question indécise encore, la discussion l'a mûrie et l'a résolue. Au reste, nous pensons, comme le législateur de 1832, qu'une telle suppression ne pouvait s'opérer accidentellement : ses conséquences étaient trop graves, elles atteignaient trop d'intérêts pour qu'on pût les régler par voie d'amendement.

Le code civil, en énumérant les incapacités que cette fiction entraîne, a trop souvent confondu les droits civils et les droits naturels : il pouvait retrancher la jouissance des premiers aux condamnés qu'une

[1] Code pénal progressif, p. 112 à 115.

[2] *Ibid.*, p. 122.

peine perpétuelle a frappés, mais il ne pouvait toucher aux droits naturels. Il a donc outre-passé son pouvoir; dans une sorte d'entraînement de logique, il a suivi les traces des jurisconsultes romains, en poussant jusqu'à des conséquences extrêmes la fiction qu'il avait adoptée; et il a brisé des liens sacrés, méconnu d'impérissables droits. C'est là surtout ce que la loi devait se hâter de faire disparaître.

On doit reconnaître, en même temps, que les condamnés à perpétuité ne peuvent conserver la jouissance de leurs droits civils, ou continuer la gestion de leurs biens. Comment, en effet, admettre que du fond d'un bagne, ou d'une forteresse qui s'est à jamais refermée sur lui, un condamné puisse disposer de sa fortune, exercer son autorité civile, contracter, faire des actes de commerce, des spéculations industrielles? Une incapacité légale doit nécessairement enchaîner ses actes; mais quelles doivent être la nature et les limites de cette incapacité?

Nous pensons qu'elle devrait, autant que possible, être purement civile; qu'il ne faudrait pas lui imprimer un caractère pénal, en faire une peine nouvelle, accessoire de la peine principale : son but unique doit être de régler les effets civils de la peine perpétuelle. Les jurisconsultes ont joué sur les mots, quand ils ont refusé d'appeler la mort civile une peine, parce qu'elle n'était que la conséquence d'une autre peine. Elle frappe souvent le condamné plus que cette peine principale elle-même; elle le frappe dans ses propriétés dont elle le dépouille, dans sa famille dont elle brise les liens, dans ses droits, dans ses devoirs qu'elle détruit.

N'oublions pas aussi que les peines perpétuelles elles-mêmes doivent laisser entrevoir aux condamnés une salutaire espérance, une étoile lointaine. La grâce promet à la régénération du coupable, à ses regrets, à sa bonne conduite, le terme de ses maux; elle introduit dans la perpétuité même un germe pénitentiaire. Le législateur doit donc avoir devant les yeux cette intervention possible de la grâce; il ne doit pas imprimer à ses peines, même perpétuelles, des effets irrévocables. Les incapacités sont l'accessoire du châti-

ment : elles doivent en suivre le sort, vivre ou s'éteindre comme lui.

70. [[Cette théorie a été définitivement consacrée par la loi. Déjà la loi du 6 juin 1850 avait, en matière politique seulement, décrété l'abolition de la mort civile. L'art. 3 de cette loi porte : « En aucun cas, la condamnation à la déportation n'emporte la mort civile : elle entraîne la dégradation civique. » Cette mesure a été généralisée par la loi du 31 mai 1854, dont les art. 1 et 2 sont ainsi conçus : « La mort civile est abolie. Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du C. pén. »]]

M. Taillandier, à la chambre des députés, et, à la chambre des pairs, M. Decazes [1], avaient émis l'opinion que les incapacités prononcées par les articles 28 et 29 du code pénal, à l'égard des condamnés à temps, étaient pleinement suffisantes pour les condamnés à perpétuité. Ces incapacités ont un double caractère. Les unes prennent leur source dans la dégradation civique, les autres dans l'interdiction légale. Les premières n'auraient que peu d'effet pendant l'exécution de la peine perpétuelle; les droits dont elles suspendent l'exercice se trouvent presque nécessairement suspendus pendant cette exécution; mais elles ajoutent à l'impossibilité physique une impossibilité légale; elles empêchent le condamné de faire par une voie indirecte ce qu'il ne peut faire directement : sous ce premier rapport, il est utile de les prononcer. Ensuite, dans les cas de grâce, la position du condamné à perpétuité ne doit pas être plus favorable que celle du condamné à temps. Les incapacités qui suivent celui-ci dans la société, après sa libération, doivent le saisir également; il ne doit pas recouvrer de plein droit des facultés que son crime l'a rendu indigne d'exercer; ces incapacités remplaceraient à son égard les déchéances dont la mort civile le frappe aujourd'hui.

L'interdiction légale, prescrite par l'article 29 du code pénal, a pour unique effet d'enlever aux condamnés à temps l'administration de leurs biens pour la transporter aux mains d'un tuteur. Cette sim-

[1] Code pénal progressif, p. 113 et 122.

ple disposition suffit-elle à la gestion des intérêts des condamnés perpétuels? En nous reportant au code civil qui en règle les effets, ne trouverons-nous aucune difficulté dans son application? La loi a-t-elle suffisamment protégé les droits de la femme et des enfants, prévu les besoins de la famille, pendant la durée d'une peine qui se mesure sur la vie du condamné? Les biens resteront-ils dans une complète immobilité? La famille ne doit-elle pas, dans ce cas, sans jouir d'un droit de propriété, exercer cependant plus de droits qu'un simple tuteur? Il nous paraît qu'en supprimant les droits civils, il serait indispensable de régler, par des dispositions nouvelles, les effets de l'interdiction qui devrait en prendre la place; que les dispositions actuelles de la loi, établies pour les condamnés à temps seulement, seraient incomplètes, qu'elles devraient être modifiées en vue de la perpétuité de la peine. Mais, en principe, cette mesure de l'interdiction légale nous paraîtrait parfaitement appropriée aux peines de cette nature : elle ôte au condamné la faculté d'abuser de ses biens; elle lui impose des privations qui ne sont que la conséquence nécessaire du châtiment ; elle peut cesser avec ce châtiment même, si la grâce vient en interrompre le cours ; enfin, elle constitue une incapacité réelle, personnelle, et qui n'a rien d'immoral en elle-même.

Ainsi la loi, en se hâtant d'effacer une fiction qui n'est propre qu'à égarer ses décisions, doit néanmoins laisser peser sur la tête des condamnés une interdiction à peu près complète des droits politiques et des droits civils. Et cette interdiction peut contenir deux classes distinctes d'incapacités : les unes qui, suivant le sort de la peine, tomberaient nécessairement avec elle par l'effet de la grâce : telle serait la tutelle du condamné ; les autres qui continueraient de s'attacher à ce condamné jusqu'à sa réhabilitation, telles que les déchéances qui constituent la dégradation civique.

[[L'article 3 de la loi du 31 mai 1854 a ajouté aux incapacités de la dégradation civique et de l'interdiction légale la disposition suivante : « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-

vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive est nul. Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. » Cette disposition a été expliquée en ces termes dans l'exposé des motifs : « Les effets civils des condamnations perpétuelles sont déterminés par les articles 2 et 3 ; ils consistent dans la dégradation civique, l'état d'interdiction légale, l'incapacité de donner ou de recevoir soit par donation entre-vifs, soit par testament. La dégradation civique, incapacité perpétuelle qui survit à la grâce, dépouille le condamné de tous droits civils et politiques, lui enlève les prérogatives de la famille et le marque d'une tache d'infamie qui ne peut être effacée que par la réhabilitation. L'état d'interdiction légale constitué par les articles 29 et 31 du C. pén. frappe les biens et la personne du condamné pendant la durée de sa peine. En dehors de celles des conséquences de la mort civile que nous avons repoussées comme incompatibles avec notre ordre social et nos mœurs, et de celles qui lui sont communes avec la dégradation civique et l'état d'interdiction légale, nous n'avons trouvé que trois thèses qui pourraient servir de base à un régime intermédiaire : la déchéance de l'autorité maritale; celle de la puissance paternelle ; l'interdiction de donner et de recevoir. A l'égard du condamné époux et père de famille, au moment de sa condamnation contradictoire ou par contumace, l'interdiction légale ou l'application qui lui est faite des règles sur l'absence paralysent l'exercice de l'autorité conjugale et celui do la puissance paternelle. Si la peine est entièrement subie, cette suspension du droit équivaut à une interdiction absolue. La question ne prend donc de l'intérêt que dans l'hypothèse d'une grâce. Faut-il que le gracié soit privé de l'administration de ses biens et de la double autorité que la loi et la nature lui ont donnée sur sa femme et sur ses enfants? Mais alors sur quelle personne déverser ces importantes attributions? Comment organiser cet état nouveau sans précédent législatif, que la science du droit n'a ni élucidé ni défini? Ne s'exposerait-on pas à des com-

plications, à des embarras infinis qui auraient pour double conséquence la destruction de l'harmonie de nos codes, et l'introduction d'un étranger dans le sein de la famille? Au contraire, l'interdiction du droit de disposer ou de recevoir à titre gratuit constituait une incapacité précise, circonscrite, d'une application facile : nous n'avons point hésité à vous proposer de la prononcer, et nous avons reproduit les termes du 3e paragraphe de l'article 25 du Code Nap. Droit naturel ou droit civil, la faculté de disposer à titre gratuit est bien certainement un de ces droits dont la société peut dépouiller sans injustice et sans cruauté celui qui l'a offensée par un crime infâme. Le testament, cet acte solennel d'une volonté suprême, qui substitue ses prescriptions aux lois de l'État, peut-il être imprudemment abandonné aux inspirations du crime? La faculté de recevoir ne pouvait-elle pas elle-même devenir un bénéfice d'infamie ou favoriser d'audacieuses et mensongères protestations contre l'autorité de la chose jugée? L'article 3 n'est donc qu'un juste hommage rendu à la plus saine morale. »]]

71. Nous avons vu que le code pénal n'attachait la mort civile qu'aux peines des travaux forcés à perpétuité et de la déportation. De là s'est élevée, dans la discussion de 1832, la question, aujourd'hui sans intérêt, de savoir si la peine nouvelle de la détention perpétuelle, qui remplace la déportation dans son exécution, devait également l'entraîner [1].

M. de Vatimesnil avait proposé un amendement ainsi conçu : « L'article 29 du code pénal sera appliqué au condamné à la détention perpétuelle, pendant la durée de la peine. » On disait à l'appui : Cette peine est d'institution nouvelle; or, puisqu'on proclame hautement les désastreux effets de la mort civile, on doit sinon la proscrire, parce que ce serait modifier indirectement un code qui n'est pas en délibération, du moins s'abstenir de la prononcer dans ce cas nouveau. Le code civil laissant la faculté de l'adjoindre aux

[1] La déportation n'emporte plus la mort civile (l. 8 juin 1850).

peines perpétuelles, ou de l'en détacher, il serait étrange, lorsque la suppression n'en est qu'ajournée, de lui donner des racines, et de l'implanter plus profondément dans la législation, en l'attachant à une peine nouvelle.

On a répondu que la détention perpétuelle n'est qu'un mode d'exécution de la déportation; qu'elle doit donc emporter les mêmes incapacités; que toutes les peines perpétuelles doivent être accompagnées de la privation de certains droits civils, et que, la loi n'ayant prononcé d'autres incapacités à l'égard des condamnés à perpétuité que celles qui prennent leur source dans la mort civile, il était nécessaire de maintenir provisoirement cette peine, jusqu'à ce que le législateur se fût occupé de formuler l'interdiction qui pourra la remplacer. Ces considérations ont prévalu, et l'amendement a été rejeté. Nous n'avons pas cru devoir omettre cet incident.

72. Aucune discussion sérieuse ne s'est élevée sur l'application à la détention perpétuelle du 2e paragraphe de l'art 18 du code pénal, ainsi conçu : « Néanmoins le gouvernement pourra accorder au condamné à la déportation l'exercice des droits civils, ou de quelques-uns de ces droits. » Cette disposition pouvait toutefois soulever de graves difficultés, qui sont aujourd'hui résolues.

Le code pénal de 1810 ne l'avait admise qu'en faveur du déporté, et seulement dans le lieu de la déportation. Resserrée dans ces termes, cette exception se justifiait. Le condamné qui a été privé des droits civils dans son pays peut en acquérir de nouveaux dans la nouvelle patrie que la peine lui a donnée; il peut se marier, il peut y posséder; la faculté de lui rendre l'exercice des droits civils pouvait donc avoir des effets utiles. « Le déporté, disait M. Treilhard dans l'exposé des motifs, sera provoqué à mériter, par une conduite sage et laborieuse, de récupérer la vie civile et d'acquérir l'état de colon; ce sera l'encourager à devenir meilleur, et ce ressort ne sera pas moins utile au bien de la colonie, qui est intéressée à compter des citoyens plutôt que des captifs, et à les fixer dans son sein par l'attrait de la propriété et les liens de la vie civile. » De ces paroles

il résulte évidemment que l'intention du législateur n'était point de relever des droits anéantis par la mort civile, mais seulement de permettre au déporté d'exercer des droits nouveaux dans la société où il se trouvait transporté. Les droits acquis étaient respectés; les liens que la mort civile avait brisés n'étaient pas renoués : l'incapacité ne cessait que pour l'avenir; elle continuait de peser sur le passé.

Est-ce bien dans ce sens que le législateur de 1832 a compris la même disposition? Peut-être n'en a t-il point mesuré toute la portée. Il n'y a vu qu'une exception favorable aux déportés; et, comme la détention perpétuelle était substituée à la déportation, il n'a pas voulu, plus rigoureux que le code de 1810, priver cette classe de condamnés du même bienfait. Mais le motif n'existait plus : le déporté rendu à la société, quoique dans un autre hémisphère, avait besoin de jouir des droits civils pour jouer un rôle actif dans cette société. Qu'importe, au contraire, au détenu à jamais séparé de la vie sociale, d'acquérir des droits nouveaux qu'il ne pourrait exercer?

Serait-ce donc qu'on aurait voulu restreindre les effets de la mort civile elle-même, et permettre au gouvernement de la désarmer, dans certains cas, de ses conséquences les plus odieuses? Si tel est le sens du § 2 de l'article 18, des objections très-fortes s'élèveraient pour le combattre. Les incapacités légales qui constituent la mort civile sont encourues du jour de l'exécution de la peine; c'est ce jour même que la succession du condamné s'est ouverte, que son mariage s'est dissous, qu'il a cessé de vivre aux yeux de la loi civile. Ces incapacités ouvrent dès lors des droits soit au profit de la société, soit au profit des tiers. Comment admettre que le gouvernement puisse avoir la puissance de renverser ces droits, de renouer les liens du mariage, de déshériter des ayants droit! Lorsque les incapacités sont encourues, la grâce elle-même ne peut en relever le condamné [1], et la réhabilitation ne les fait cesser que pour l'avenir [2].

[1] Avis des comités réunis du conseil d'Etat, du 21 déc. 1822, approuvé le 8 janv. 1823.

[2] Art. 633 du cod. d'inst. crim.

A la vérité, le gouvernement peut exercer la faculté que lui attribue le code, avant la mise à exécution de la peine, avant que les incapacités n'aient été acquises, qu'elles ne soient irrévocables. Mais comment concevoir qu'une faculté aussi extraordinaire puisse être sérieusement exercée? Il dépendrait donc du gouvernement d'ouvrir ou de fermer une succession, de continuer ou de dissoudre un mariage, de confirmer ou de suspendre les droits d'une épouse ou d'un père? Nous ne pouvons admettre une telle puissance : les droits des familles, les droits des tiers échappent au pouvoir d'une décision gracieuse. Si telle était d'ailleurs l'intention de la loi, si la mort civile paraissait trop rigoureuse pour la classe des condamnés auxquels s'applique la détention perpétuelle, n'eût-il pas été plus rationnel d'accueillir l'amendement qui proposait de séparer ces deux peines? n'eût-il pas été plus facile de restreindre à quelques incapacités nettement définies l'interdiction qui devait peser sur les détenus à perpétuité?

Nous sommes donc amenés à penser que le 2e paragraphe de l'article 18 doit conserver encore le sens que lui attribuait le législateur de 1810; que la faculté que ce paragraphe confère au gouvernement ne doit s'appliquer qu'aux droits civils à venir, et non à ceux que la mort civile a brisés; en un mot, qu'elle a pour but non de suspendre ou de limiter les effets de la mort civile au moment où elle est encourue, mais de rendre au condamné l'exercice de ses droits civils pour l'avenir, lorsque la grâce vient mettre un terme à la peine afflictive, et le restituer à la société.

[[Les observations qui précèdent ont trouvé une application dans les art. 4, 5 et 6 de la loi du 13 mars 1850, ainsi conçus : « Art 4. Le gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'art. 3. Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale. Les actes faits par le condamné dans le lieu d'exécution de la peine ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre

gratuit depuis cette époque. Art. 5. Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers. L'état de ces condamnés est régi par les condamnations qui précèdent. Art. 6. La présente loi n'est pas applicable aux condamnations à la déportation pour crimes commis antérieurement à sa promulgation. »

Ces dispositions consacrent le principe de la suspension pour l'avenir des incapacités avant la réhabilitation, et le principe de la non-rétroactivité. En thèse générale, les incapacités ne peuvent être relevées que par la réhabilitation; mais il a paru nécessaire, en vue de la transportation des condamnés, de laisser au gouvernement la faculté de relever les transportés, rendus au travail libre dans la colonie pénale, de quelques-unes de ces incapacités. L'art. 12 de la loi du 30 mai 1854, sur l'exécution des travaux forcés, porte, en conséquence : « Le gouvernement pourra accorder aux condamnés aux travaux forcés à temps l'exercice, dans la colonie, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale. Il pourra autoriser ces condamnés à jouir ou disposer de tout ou partie de leurs biens. Les actes faits par les condamnés dans la colonie jusqu'à leur libération ne pourront engager les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou ceux qui leur seront échus par succession, donation ou testament, à l'exception des biens dont la remise aura été autorisée. Le gouvernement pourra accorder aux libérés l'exercice, dans la colonie, des droits dont ils sont privés par les 3e et 4e paragraphes de l'art. 34 du code pénal. »

Par application du principe de la non-rétroactivité, l'art. 5 confère aux individus actuellement atteints de mort civile les bénéfices de la législation nouvelle, et l'article 6 conserve, au contraire, aux condamnés, en vertu de la loi du 15 mars 1850, les dispositions purement transitoires mais plus favorables de cette loi.]]

73. Après la mort civile, se présente, parmi les peines privatives de certains droits, la dégradation civique et l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. La première de ces peines constituant dans certains cas une peine principale, et le code l'ayant mise au

nombre des peines infamantes, nous avons dû l'examiner dans notre chapitre V, et nous n'y reviendrons pas [1].

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, est la suspension partielle de certains droits que l'article 42 du code pénal énumère [2]. Elle diffère de la dégradation civique, 1° en ce que cette dernière peine est infamante et peut être prononcée comme peine principale, tandis que l'interdiction n'est qu'une peine accessoire et correctionnelle; 2° en ce que les incapacités que la dégradation entraîne, quoiqu'elles soient à peu près calquées sur celles de l'interdiction, sont cependant plus étendues et plus complètes; 3° ce ce que ces incapacités forment dans la première de ces peines un ensemble compact et indivisible, tandis qu'elles se divisent au contraire dans la seconde, et peuvent ainsi s'approprier au caractère particulier de chaque délit.

Cette dernière différence est ce qui distingue surtout l'interdiction de la dégradation. Nous avons remarqué, en parlant de cette peine, combien était défectueuse cette application simultanée d'une foule d'iucapacités, dont quelques-unes sont nécessairement étrangères au délit qu'on veut atteindre. La sage disposition de l'article 42 du code pénal permet un emploi plus judicieux de ces peines, dont il se borne à donner l'énumération : le juge peut y puiser pour chaque espèce, et choisir celle qui lui semble la plus propre à réprimer le vice qu'il veut punir.

[1] Voyez *suprà*, p. 127.

[2] Article 42. « Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivants : 1° de vote et d'élection; 2° d'éligibilité; 3° d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois; 4° de port d'armes; 5° de vote et de suffrage dans les délibérations de famille; 6° d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants, et sur l'avis seulement de la famille; 7° d'être expert ou employé comme témoin dans les actes; 8° de témoignage en justice autrement que pour y faire de simples déclarations. »

Du reste, comme les déchéances prononcées par l'article 42 ont été textuellement transportées dans l'article 34, qui définit les effets de la dégradation civique, nous ne reviendrons point sur ces diverses incapacités que nous avons déjà appréciées. Nous aurons seulement occasion, dans le cours de ce livre, d'examiner si cette interdiction, qui, aux termes de l'article 43, ne peut être prononcée par les tribunaux que lorsqu'elle a été ordonnée par une disposition particulière de la loi, a toujours été appliquée avec discernement.

Le code pénal ajoute à ces incapacités une incapacité nouvelle spéciale pour les condamnés à des peines afflictives et infamantes : il leur enlève l'administration de leurs biens; il les place en état d'interdiction légale [1]. Nous avons déjà parlé de cette interdiction qui a été substituée à la mort civile Nous ajoutons ici quelques observations sur cette disposition telle que le code pénal l'avait faite.

Cette incapacité, que la loi a réservée aux peines les plus graves, se prolonge et s'éteint avec elles. C'est une conséquence presque nécessaire des peines d'une longue durée et des peines perpétuelles. Il ne faut pas qu'un condamné puisse disposer de ses revenus et de ses biens, quand il subit un châtiment sévère; il ne faut pas qu'il ait les moyens d'acheter à prix d'or une évasion, ou que, par des profusions scandaleuses, il fasse d'un séjour d'humiliation et de deuil un théâtre de joie et de scandale.

On a reproché à l'interdiction légale d'avoir manqué de prévoyance pour la famille du condamné. En s'attachant, en effet, aux termes des articles 30 et 31 du code pénal, on pourrait en induire que la

[1] Article 29 Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la reclusion, sera, de plus, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale; il lui sera nommé un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés tuteurs aux interdits.

Article 30. Les biens du condamné lui seront remis après qu'il aura subi sa peine, et le tuteur lui rendra compte de son administration.

Article 31. Pendant la durée de sa peine, il ne pourra lui être remis aucune somme, aucune provision, aucune portion de ses revenus.

loi a voulu réserver à l'interdit la totalité des revenus, puisqu'elle prescrit au tuteur de lui en rendre compte à la fin de l'interdiction. Les intérêts et les revenus devraient donc s'accumuler, et se réunir au principal; aucune portion n'en pourrait être distraite, même pour secours à la famille. A l'appui de cette interprétation, on a invoqué l'article 475 du code d'instruction criminelle, qui dispose, en faveur de la famille des contumax, que « durant le séquestre il peut être accordé des secours à la femme, aux enfants, au père ou à la mère de l'accusé, s'ils sont dans le besoin. » D'où l'on déduisait cette conséquence, que la même disposition n'ayant pas été reproduite à l'égard de la famille des condamnés contradictoires, elle n'avait droit à aucun aliment, à aucun secours sur la fortune de ces condamnés. C'est pour obvier à cet inconvénient qu'un député proposa, dans les discussions relatives à la révision du code pénal, un article additionnel ainsi conçu : « Le tuteur pourra faire remise à la famille du condamné d'une partie de ses revenus, à titre de secours, en vertu d'une délibération du conseil de famille, laquelle sera homologuée par le tribunal de première instance du domicile du condamné. » Cet article, qui n'était que la reproduction d'une disposition du code pénal de 1791 [1], fut repoussé parce qu'il parut inutile.

En effet, d'après l'article 29 du code pénal, le condamné est entièrement assimilé à l'interdit, en ce qui concerne l'administration de ses biens. Or le code Napoléon a tracé les règles d'après lesquelles les biens d'un interdit doivent être administrés. Si la famille du condamné se trouve dans le besoin, elle doit s'adresser au tuteur, et elle en reçoit les secours qui lui sont nécessaires, avec l'autorisation du conseil de famille. Cette faculté, reconnue par la loi civile, semble suffire aux familles dont l'un des membres est frappé d'une condamnation temporaire.

[1] Art. 5 du tit. 4 du code pénal du 25 sept.-6 oct. 1791 : « Pendant la durée de sa peine, il ne pourra lui être remis (au condamné) aucune portion de ses revenus; mais il pourra être prélevé sur ses biens les sommes nécessaires pour élever et doter ses enfants, ou pour fournir des aliments à sa femme, à ses enfants, à son père ou à sa mère, s'ils sont dans le besoin. »

L'objection tirée de l'article 475 du code d'instruction criminelle n'est pas fondée. En effet la loi n'a pas appliqué le même mode d'administration aux biens des condamnés par contumace, ou des condamnés contradictoirement. Ceux-ci sont régis comme bien d'interdit, ceux-là comme biens d'absent (article 471 C. d'inst. cr.). Les premiers sont administrés par un tuteur sous la surveillance d'un conseil de famille; les autres passent dans les mains de l'administration des domaines, qui leur applique les règles administratives. Il fallait donc, dans ce dernier cas, créer une disposition formelle en faveur de la famille : tel a été l'objet de l'article 475. Mais elle était moins nécessaire dans le cas d'interdiction, puisque les biens ne sortaient pas des mains de cette famille; et le code pénal a pu sans danger s'en référer aux règles du droit commun. Ce ne serait qu'en étendant ces règles à un cas non prévu par le code Napoléon, à celui d'une peine perpétuelle, qu'elles deviendraient insuffisantes.

M. Gaillard-Kerbertin avait proposé, dans la même discussion, de définir l'expression trop vague de *famille*, de déterminer à quelles personnes les aliments sont dus. C'est ainsi que le code pénal de 1791 limitait ce droit à la femme, aux enfants, au père et à la mère. Mais la solution de cette difficulté paraît se trouver dans les articles 203, 205, 206 et 207 du code Napoléon; là sont les règles communes qui doivent s'étendre à toutes les questions de cette nature. C'est donc avec raison que cette proposition ne fut point accueillie [1].

Au reste l'interdiction, telle que le code Napoléon l'a établie, se trouve modifiée par l'article 31 du code pénal, qui défend de remettre aux condamnés, pendant la durée de la peine, aucune somme, aucune provision, aucune portion de leurs revenus. C'est là ce qui imprime à cette interdiction un caractère spécial, ce qui la sépare du droit commun.

Cette mesure a paru trop absolue à quelques esprits. On lit dans les discussions du conseil d'Etat que M. Regnault (de Saint-Jean-d'Angély) en avait demandé la suppression, parce que, disait-il, la

[1] Code pénal progressif, p. 150.

prohibition était trop rigoureuse, et qu'elle serait sans cesse éludée. M. Redon proposait de laisser à l'administration la faculté de remettre des secours aux condamnés dans la proportion de leurs besoins. Mais M. Treilhard et M. Berlier firent écarter cette proposition, en soutenant qu'on introduirait un privilége scandaleux en faveur des criminels riches, et une inégalité choquante entre divers hommes qui doivent subir la même peine [1].

M. Carnot a reproduit l'opinion émise par MM. Regnault et Redon. « N'y avait-il donc, dit ce criminaliste, aucun moyen à prendre pour allier les principes de l'humanité avec ceux d'une rigoureuse justice? Tous les intérêts n'auraient-ils pas été ménagés, si le code avait autorisé le conseil de famille à fixer le montant des sommes que le curateur aurait dû remettre entre les mains des administrateurs des prisons, pour subvenir aux plus pressants besoins du condamné? Les individus qui se sont rendus coupables de crimes ne méritent sans doute aucune faveur : mais peut-on regarder comme une simple faveur, de subvenir aux besoins que réclame l'humanité [2]? »

Nous ne partageons pas l'opinion de ce savant magistrat, et sa dernière considération nous touche peu ; en effet, si les individus qui se sont rendus coupables ne méritent aucune faveur, ils doivent être soumis au régime qui pèse sur tous les condamnés, parce qu'on ne doit pas présumer que ce régime puisse blesser les règles de l'humanité.

Du reste, les effets de l'interdiction légale établie par l'article 29 du code pénal ne se rapportent qu'à l'*administration* des biens. C'est ainsi qu'il a été décidé par la cour impériale de Rouen que rien ne s'opposait à ce que le condamné temporaire disposât de ses biens par testament [3], et, par la cour de cassation, qu'il pouvait porter plainte devant les tribunaux, à raison d'un délit dont il avait ressenti

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séance du 8 oct. 1808.

[2] Commentaire du code pénal, t. 1, p. 105.

[3] Arr. 28 déc. 1822, Sir., 23-2-179.

un préjudice [1]. Le code pénal n'a point, en effet, reproduit cette disposition du code de 1791, que « le condamné ne peut, pendant la durée de sa peine, exercer par lui-même aucun droit civil; » et on doit en conclure que tous les droits qui ne lui ont pas été expressément enlevés lui sont conservés, Néanmoins la cour de cassation a reconnu, en même temps, qu'il était incapable d'aliéner pendant l'exécution de la peine [2] : ce contrat, quoiqu'il appartienne au droit des gens plus qu'au droit civil, pourrait n'être, entre ses mains, qu'un moyen détourné d'échapper aux prohibitions dont il est frappé.

74. La dernière peine accessoire et privative d'un droit, celui de libre locomotion, est la *surveillance de la haute police*.

Cette mesure, qui succède à la peine, qui saisit le condamné au moment même où son châtiment s'achève, est une disposition particulière à la loi française. Les codes des autres nations l'ont repoussée, soit qu'ils aient considéré le crime comme entièrement effacé par l'exécution de la peine, soit que la surveillance leur ait paru constituer une seconde punition imposée au même fait [3]; mais cette surveillance n'est point, à proprement parler, une peine : c'est la privation d'un droit, c'est une incapacité qui pèse sur le coupable à la suite du châtiment, semblable à la plupart des incapacités que nous venons de passer en revue.

Nous ne contesterons point à la société le droit de prendre des mesures de précaution à l'égard des hommes dont elle a de justes motifs de suspecter la conduite. Et quelle dénonciation plus pressante que celle qui résulte d'un arrêt de condamnation? Un premier crime, bien qu'expié, ne subsiste-t-il pas encore comme une menace jetée à

[1] Cass. 6 nov. 1817, Bull. off., n° 108.

[2] Cass. 25 janv. 1825, Sir., 25-1-345.

[3] L'article 52 du code du Brésil institue la peine de l'exil local, mais comme peine principale; et l'article 5 du code prussien prescrit une mesure plus rigoureuse que la surveillance, en disposant que « les délinquants qui peuvent devenir dangereux à la société ne doivent pas, encore qu'ils aient subi leur peine, être remis en liberté avant d'avoir prouvé comment ils peuvent vivre par quelque moyen honnête. »

l'ordre social? La société doit donc veiller sur ces hommes; elle doit les connaître et suivre leurs pas; cette surveillance est une mesure de sûreté, une garantie prise dans un intérêt général. La difficulté ne commence qu'au mode d'exécution.

Toutefois on doit remarquer que le code pénal a peut-être été prodigue de cette mesure : il n'a point hésité à l'attacher à des délits qui n'offraient que peu de périls, à la faire peser sur des condamnés dont le caractère ne devait point inspirer d'inquiétude. Ainsi l'article 401 permet de l'adjoindre à la peine d'emprisonnement, dans tous les vols, quelque minimes qu'ils soient, et l'article 58 en fait la conséquence nécessaire de la récidive dans le cas même du simple délit. Il suit de là que le prévenu d'un larcin, que l'individu qui s'est trouvé deux fois mêlé dans une rixe, y sont assujettis; et cette précaution sociale, juste à l'égard des grands criminels, devient tyrannique vis-à-vis de ces simples délinquants, parce qu'elle est presque toujours inutile. Cambacérès voulait qu'elle ne pût être prononcée que par les cours d'assises [1]; et la commission du corps législatif, appelée à participer à la rédaction du code pénal, émettait le vœu que ce moyen ne fût employé qu'avec circonspection dans les matières correctionnelles [2].

Le code pénal de 1791 n'avait point institué de surveillance; on en trouve les premières traces dans un décret du 19 ventôse an XIII, qui dispose que les forçats libérés seront tenus de déclarer dans quelle commune ils veulent établir leur résidence, et qu'arrivés dans cette commune, ils y seront mis sous la surveillance de l'autorité locale. Un second décret du 17 juillet 1806 imprima plus de vigueur à ces mesures : la capitale, les résidences impériales, les places de guerre et les frontières, furent interdites aux libérés; le ministre de la police eut la faculté de les déplacer des lieux qu'ils habitaient, de leur prescrire un lieu de résidence; enfin, ils ne purent changer de domicile sans autorisation. Mais ces dispositions ne s'appliquaient encore qu'aux *forçats* libérés.

[1] Locré, t. 29, p. 123.

[2] *Ibid.*, t. 29, p. 181.

Le code pénal introduisit un nouveau système, moins rigoureux sans doute, mais aussi moins restreint dans son application. Le cautionnement en était le principe fondamental : les condamnés étaient soumis, à l'expiration de leur peine, à l'obligation de fournir une caution de bonne conduite, et, cette caution admise, ils recouvraient une liberté franche de toute entrave. Ce n'était qu'en cas d'impossibilité ou de refus de leur part de fournir cette caution, que les liens d'une surveillance continuelle enchaînaient leur existence : ils étaient alors à la disposition du gouvernement, qui pouvait leur prescrire soit leur éloignement d'un certain lieu, soit leur résidence obligée dans un lieu déterminé. Leur désobéissance était punie d'un emprisonnement qui, dans la plupart des cas, n'avait point de terme.

Ce système des articles 44, 45 et 46 du code pénal de 1810, quelque rigoureux qu'il fût, reposait sur un principe humain et généreux, celui du cautionnement. Mais les interprétations des décrets impériaux vinrent en restreindre le bienfait : un avis du conseil d'État, approuvé le 30 septembre 1812, déclara, malgré l'opinion contraire du ministre de la police [1], qu'en cas d'omission, dans l'arrêt de condamnation, du taux du cautionnement, les condamnés n'avaient aucune action pour la faire réparer, et que ce droit n'appartenait qu'au ministère public et aux parties civiles. Un autre avis du 4 août 1812 décidait, en même temps, qu'alors même que le cautionnement était fixé, et que le condamné offrait de le réaliser, le gouvernement pouvait ne pas l'accepter, attendu que, ce cautionnement étant établi non dans l'intérêt de l'accusé, mais dans celui du gouvernement, il dépendait de celui-ci de l'exiger ou de le refuser. « Mais, dit à ce sujet M. Carnot, est-il bien exact de prétendre que le cautionnement ne soit pas dans l'intérêt du condamné, lorsque c'est le seul moyen qui lui soit offert d'éviter l'exil ou l'emprisonnement [2]? »

Ainsi l'esprit de la loi avait été méconnu. Le cautionnement n'était plus un droit, mais une faculté; l'exception était devenue la règle,

[1] Rapport du duc de Rovigo, et projet de décret; Locré, t. 29, p. 236.

[2] Commentaire du code pénal, t. 1, p. 132.

et le pouvoir de fixer aux condamnés libérés le lieu de leur résidence était considéré comme le droit commun. La peine des malheureux qui croyaient, en secouant leurs fers, avoir expié leurs fautes, se trouvait perpétuée, et leur liberté n'était qu'une détention moins étroite.

Le mode de cette surveillance élevait d'ailleurs des obstacles presque insurmontables à l'amendement des criminels. Les mesures prises par la police pour s'assurer que le libéré occupait réellement la résidence qui lui avait été assignée, donnaient au fait de la condamnation une publicité inévitable. Surveillé par des agents subalternes, signalé à la défiance des maîtres, à la jalousie et au mépris des ouvriers, suspect de tous les crimes commis dans le lieu qu'il habitait, le libéré ne trouvait pas de travail; l'impossibilité de gagner honnêtement son pain étouffait en lui toute résolution d'une vie meilleure, et la misère le rejetait bientôt dans le crime et dans les bagnes[1].

Le cautionnement eût évité la plupart de ces inconvénients. Mais un petit nombre de condamnés seulement en profitaient; la plupart ignoraient ce bénéfice de la loi, et l'administration ne le leur faisait point connaître[2]. Ensuite le vice de ce cautionnement était d'être déterminé longtemps à l'avance dans l'arrêt de condamnation. Comment cependant prévoir à cette époque quelle serait la conduite du condamné, et quelles garanties il serait nécessaire de lui demander à la sortie de sa prison? Peu importait sa conduite pendant la durée de la peine; peu importait qu'il s'amendât ou qu'il persévérât dans le crime : la société n'avait point de garantie contre des vices devenus plus menaçants, point de récompenses pour le condamné régénéré. En Angleterre, le jury exige également des *recognizances* de bonne conduite, mais au moment du trouble même, et en le proportionnant exactement à la gravité de l'alarme ou du danger[3]. Peut-être le sys-

[1] *Voyez* l'exposé des motifs de la loi du 28 avril 1832, Code pénal progressif, p. 162.

[2] Rapport de la commission; Code pénal progressif, p. 163.

[3] Recognizances to keep the peace and for good behaviour. — Henry Stephen, Summary of the criminal Law, p. 218 et 220.

tème des cautionnements pourrait-il se coordonner avec un code disciplinaire des prisons, et devenir, pendant la durée de la peine, l'espérance des condamnés et un puissant mobile de bonne conduite [1].

75. La loi du 28 avril 1832 a complétement changé ce mode de surveillance, et nous n'avons pas hésité à penser que le système qu'elle a introduit était, parmi les améliorations de cette loi, et s'il était bien appliqué, une de celles qui, dans la pratique, devaient produire les meilleurs et les plus salutaires résultats.

Les résidences obligées, les détentions administratives avaient cessé. Le droit de surveillance n'était plus qu'un simple droit de défense : ses effets étaient restreints à l'interdiction des lieux où la présence du libéré pouvait être dangereuse. Partout ailleurs, liberté pleine et entière ; partout ailleurs, le libéré était confondu dans la classe commune des citoyens ; aucune mesure préventive ne pouvait être prise à son égard, ne devait révéler sa position. « L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police, porte l'article 44, sera de donner au gouvernement le droit de déterminer certains lieux dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître après qu'il aura subi sa peine. »

Cependant la police administrative devait suivre ses pas, quoique silencieusement; sans manifester de craintes, elle devait veiller sur ses démarches, elle devait connaître ses déplacements et sa résidence. C'est pour atteindre ce but que le même article ajoute que, « en outre, le condamné devra déclarer, avant sa mise en liberté, le lieu où il veut fixer sa résidence ; il recevra une feuille de route, réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter, et la durée de son séjour dans chaque lieu de passage. Il sera tenu de se présenter, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, devant le maire de la commune ; il ne pourra changer de résidence sans avoir indiqué, trois jours à l'avance, à ce fonctionnaire, le lieu où il se propose d'aller habiter, et sans avoir reçu de lui une nouvelle feuille de route. » Toutes ces formalités n'avaient qu'un seul objet, c'est de faire connaître à l'autorité les

[1] Rapport de la commission de la chambre des députés.

lieux où le libéré réside; c'est de la mettre à même d'observer ses mouvements. Mais elles se réduisaient à une simple déclaration : le condamné n'avait besoin ni de permission ni d'autorisation pour se déplacer.

« Ainsi (et nous aimons à emprunter ici les termes d'une instruction administrative qui résumait parfaitement l'esprit de la loi) les condamnés doivent être dispensés à l'avenir de toutes ces mesures de police qui, en donnant au fait une inévitable publicité, les frappaient d'une sorte de réprobation universelle, et les mettaient dans l'impossibilité d'amender leur conduite. Ils ne seront donc plus assujettis à se représenter à des époques périodiques, comme on leur en avait imposé l'obligation dans certaines villes. Il faut qu'ils soient toujours connus de l'administration, mais qu'ils restent inconnus du public [1]. »

Néanmoins il est nécessaire de préciser avec soin les droits de l'administration et ceux des condamnés sous ce régime. La loi définit le *droit de défense*, celui de déterminer *certains lieux* dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître. De là, d'abord, il suit que ce droit n'est que facultatif : c'est un pouvoir confié à l'autorité dans l'intérêt de la sûreté publique. Si le libéré donne des garanties de moralité et de bonne conduite, ce serait un abus de ce pouvoir que de se servir de cette faculté, puisque la sûreté publique ne serait point menacée par sa résidence dans un lieu quelconque.

Il faut définir encore ce qu'on doit entendre par *certains lieux*. Il est évident que ce serait méconnaître l'esprit de la loi que d'interdire, par exemple, au condamné, tous les départements hors un seul; ce serait alors une résidence obligée. Quel est le but de l'interdiction? C'est d'écarter le meurtrier des lieux habités par la victime ou sa famille; c'est d'éloigner le coupable du théâtre de son premier crime; c'est de rassurer les témoins, les jurés, la partie plaignante, contre les actes de sa vengeance; c'est de purger les grandes villes de la présence d'une multitude de libérés qui viennent s'y perdre dans la

[1] Circulaire du ministre de l'intérieur, du 18 juillet 1833.

foule, et dont les associations redoutables deviennent un juste sujet d'effroi pour la tranquillité publique. La raison de la loi justifie, dans ces diverses hypothèses, l'application de cette sorte de bannissement. Cependant nous croyons qu'il ne faut point faire une règle générale de l'éloignement du condamné du lieu où il a commis son crime. Cette mesure devrait être réservée pour les cas de meurtre, de violences exercées, de voies de fait graves, pour tous les cas enfin où la présence du condamné peut répandre une impression de terreur, où son caractère peut faire naître des inquiétudes sur sa conduite, où de précédentes liaisons paraîtraient un obstacle invincible à son amendement. Car il faut songer que ce n'est le plus souvent que dans ces lieux, qui sont ordinairement ceux de son domicile, qu'il retrouvera une famille, des amis, des ressources ; que c'est là qu'est sa patrie ; que l'en éloigner sans nécessité, ce serait lui imposer légèrement la peine de l'exil après celle des cachots ou des fers.

On pourrait cependant invoquer, à l'appui d'une telle interprétation, l'article 635 du code d'instruction criminelle, qui déclare en effet que le condamné pour crime, qui a prescrit sa peine, « ne pourra résider dans le département où demeureraient soit celui sur lequel ou contre la propriété duquel le crime aurait été commis, soit ses héritiers directs. » Mais cette disposition, qui a peut-être été le germe de l'interdiction locale, est évidemment exceptionnelle : la loi a dû déployer plus de sévérité pour le condamné qui a prescrit sa peine que pour celui qui l'a exécutée. Celui-ci présente à la société des garanties que l'autre ne saurait offrir. De là la différence qui se fait remarquer dans les deux dispositions ; là l'interdiction locale n'est que facultative, ici elle est nécessaire.

Le même article ajoute encore : « Le gouvernement pourra assigner au même condamné le lieu de son domicile. » Or cette disposition ne fait qu'attester davantage la position spéciale du condamné qui a échappé à la peine par la prescription : la loi a cru nécessaire de l'environner de précautions particulières ; et ces mesures, qui l'assimilaient aux forçats libérés sous l'empire du code de 1810, ont

survécu pour lui seul aux améliorations que la condition des autres condamnés a éprouvées.

Les lieux qui peuvent être frappés d'interdiction sont donc, en général, d'abord les lieux témoins du crime, ensuite la capitale et les grandes villes, où les condamnés libérés trouvent trop de facilités d'échapper à la surveillance qui doit les environner; les villes où sont établis les maisons de détention ou les bagnes, afin qu'ils n'établissent aucuns liens criminels dans l'intérieur de ces établissements; enfin, les places de guerre, à l'égard des condamnés politiques, et dans les temps de guerre : nous avons vu que le décret du 17 juillet 1806 renfermait une disposition précise à ce sujet.

Est-il nécessaire de répéter que ce droit de défense, même resserré dans ses limites, n'est encore qu'une faculté pour l'administration, et que toute applicatiou de cette mesure, évidemment inutile, serait par là même injuste? Donc, si l'administration a exercé cette faculté vis-à-vis d'un condamné, et que les motifs qui l'avaient fait établir aient cessé d'exister, elle ne doit point hésiter à la modifier, à la révoquer. C'est une récompense accordée à la bonne conduite du libéré, et ces améliorations successives sont dans l'esprit de la loi.

Quelques difficultés peuvent s'élever à l'égard des changemeuts de résidence que les libérés sont libres d'effectuer. La seule formalité à laquelle la loi les assujettit dans ce cas est une double déclaration, l'une au maire de la commune qu'ils quittent, et, trois jours avant leur départ, l'autre au maire de la commune où ils viennent s'établir. Cette formalité est pleinement remplie, dans le premier cas, par la demande d'une feuille de route, avec l'indication du lieu où ils veulent aller, et, dans le deuxième, par la remise de cette feuille. Le refus du maire de délivrer la feuille de route serait-il un obstacle au changement de résidence? En droit, cet obstacle serait nul, car le condammé, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, n'est point tenu de demander une permission, mais de faire une déclaration. La feuille de route ne diffère poiut du passe-port : si la loi ne s'est pas servie de ce dernier terme, c'est pour placer les libérés dans une position

distincte des autres citoyens, c'est comme moyen de surveillance. Mais, en fait, comme il courrait le risque d'être arrêté comme vagabond, aux termes des lois des 28 mars 1792 et 28 vendémiaire an VI, il devrait se pourvoir administrativement comme en cas de refus de passe-port. Au surplus, il est probable que les instructions émanées du ministère de l'intérieur préviendront des refus de cette nature.

La déclaration elle-même de changement de résidence ne doit être exigée qu'en cas d'éloiguement prolongé de la commune. Le législateur a voulu laisser aux libérés une sorte de tolérance qui leur permît de vaquer à leurs affaires, et de chercher des travaux dans les environs de leur résidence. « L'article 44 ne veut pas dire, déclarait M. de Bastard à la chambre des pairs, que les condamnés ne pourront aller d'une commune dans une autre pour chercher du travail. Ces excursions, qui peuvent durer deux ou trois jours, ne constituent pas un changement de résidence. » M. le garde des sceaux ajoutait : « Dans l'application de la législation, quelque précise que soient les expressions dont on se sert, il y a toujours qnelque chose qui est abandonné à la conscience de l'administration. Il est certain qu'un individu qui aurait fixé sa résidence à Paris, et qui irait passer quelques jours à Auteuil, ne serait pas dans le cas d'un individu qui veut changer de résidence. » Ainsi, lorsque le libéré s'absente momentanémeut pour ses affaires, pour les travaux de son commerce ou de son industrie, il n'est tenu de faire aucune déclaration, car il ne *change pas de résidence*, il ne se propose pas *d'aller habiter un autre lieu*.

76. [[Ce système de surveillance a été abandonné par le législateur. Un décret du 8 décembre 1851 contient les dispositions suivantes : « Art. 4. L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera à l'avenir de donner au gouvernement le droit de déterminer le lieu dans lequel le condamné devra résider après qu'il aura subi sa peine. L'administration déterminera les formalités propres à constater la présence continue du condamné dans le lieu de sa résidence. »

— « Art. 5. Tout individu placé sous la surveillance de la haute police, qui sera reconnu coupable du délit de rupture de ban, pourra être transporté, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie. La durée de la transportation sera de cinq années au moins et de dix ans au plus. »

Ce décret, qui reprend à peu près le système du code de 1810, en supprimant la faculté favorable du cautionnement et en donnant pour sanction aux mesures de la surveillance la peine de la transportation, donne lieu à quelques observations.

La modification introduite par la loi du 28 avril 1832 n'avait pas complétement réussi. D'une part, la surveillance, dépourvue de moyens d'action, désarmée de toute poursuite extérieure, était devenue, on l'a pensé du moins, inefficace; d'un autre côté, les condamnés, gênés cependant encore par l'obligation de déclarer leur résidence et par les feuilles de route dont ils devaient être munis, profitaient souvent de la demi-liberté qui leur était faite pour se jeter dans un perpétuel vagabondage. Plusieurs projets avaient été proposés en conséquence pour revenir à un autre régime. Parmi ces projets, il faut distinguer une proposition faite en 1844 à la chambre des pairs, et qui était ainsi conçue : « L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera de donner au gouvernement le droit de déterminer le lieu où le condamné devra résider après l'expiration de sa peine, ainsi que les formalités propres à constater sa présence continue dans ce lieu. Néanmoins tout condamné qui présentera et fera agréer par le préfet, pour caution de sa bonne conduite, un citoyen domicilié inscrit au rôle des contributions directes et jouissant des droits civiques, civils et de famille, pourra, soit au moment de sa libération, soit depuis, choisir le lieu de sa résidence dans les départements dont le séjour ne lui sera pas interdit par le gouvernement. La caution contractera l'engagement de faire représenter le libéré à toute réquisition de l'autorité; faute de cet engagement, elle sera poursuivie et condamnée à payer une amende de 500 fr. à 3,000 fr. »

Ce plan de réforme avait soulevé de graves objections. A côté de la relégation dans un lieu déterminé, qui formait sa base principale, et sur laquelle nous reviendrons tout à l'heure, ce projet établissait la faculté d'une caution personnelle ; mais cette faculté qui, mieux appliquée, aurait pu être féconde telle qu'elle était conçue, se trouvait complétement annulée. Quel doit être l'engagement d'une telle caution? Elle doit se porter garant de la bonne conduite du libéré ; et que faut-il entendre par cette bonne conduite? Aux yeux de la loi, elle existe tant que l'agent n'est pas tombé en récidive. La caution ne doit donc être responsable que des cas de récidive. Le projet attachait cette responsabilité au seul défaut de représenter le libéré à toutes les réquisitions de l'autorité. Mais pourquoi ces réquisitions? pourquoi cette représentation du libéré devant l'autorité? Le cautionnement ne doit-il pas le délier de ces formalités? ou quel serait donc son effet? Qu'importe d'ailleurs qu'il ne se représente pas, si, dans les lieux où il se trouve, il ne commet aucune faute nouvelle, si le garant veille sur lui? Est-il bien certain qu'avec des conditions aussi onéreuses on n'eût pas trouvé une seule caution?

Le décret du 8 décembre 1851 a pris la première partie de ce projet et a mis la seconde de côté. La surveillance est aujourd'hui une relégation dans un lieu déterminé pendant toute sa durée, et, en cas de désobéissance aux prescriptions administratives, elle peut se transformer en une transportation de 5 à 10 ans.

La légitimité de la surveillance, nous l'avons déjà dit, ne peut être sérieusement contestée. L'homme qui a été légalement convaincu d'un crime n'est point placé par le sentiment public sur la même ligne que celui dont la vie a toujours été pure. Une juste défiance l'environne, et le pouvoir social ne fait que s'associer à cette pensée en prenant à son égard quelques mesures de précaution : c'est une sorte d'épreuve à laquelle la cité le soumet avant de lui restituer ses droits. Que si l'on objecte qu'il a subi sa peine, que par cette expiation il a lavé sa faute, que la dette qu'il avait contractée envers la société est payée, la réponse est qu'il ne s'agit point de subir une autre peine, mais seulement de lui imposer une certaine incapacité ; que cette incapacité n'a point

pour objet de réprimer un crime déjà puni, mais qu'elle est attachée à sa position de condamné libéré; que, bien que la société ne le repousse pas, et qu'elle tienne compte de la peine qu'il a subie, elle se ressouvient cependant de son crime, et qu'elle est dès lors fondée à ne l'admettre dans son sein qu'en lui demandant quelques garanties d'une meilleure conduite. La surveillance est donc une mesure légitime que la société a le droit d'exercer dans l'intérêt de sa conservation et de sa défense; mais elle n'est pas une peine; la peine est exécutée, et la même faute ne peut être punie deux fois. Il s'agit de venir en aide au libéré, soit pour empêcher ses mauvais instincts de se développer, soit pour fournir un appui à sa débilité ou à sa misère. La loi a rempli la première partie de cette tâche; elle a voulu comprimer par une surveillance active et continue les mauvais penchants du libéré; mais a-t-elle rempli la seconde? lui a-t-elle fourni les moyens de se régénérer par la bonne conduite et par le travail?

Le véritable caractère de la surveillance nous semble être celui d'une tutelle. Le condamné a été placé par le jugement, comme le mineur, le prodigue et le fou furieux, dans un état d'incapacité; il lui faut un appui pour lutter contre lui-même, pour combattre les désavantages de la position que la peine lui a faite, pour reprendre sa place dans la cité. La société elle-même, qui ne le voit qu'avec défiance, qui le regarde comme suspect, lui demande une garantie de sa conduite : cette garantie, elle la trouve dans une sorte de tutelle, dans un patronage, dans une surveillance. C'est à ce point de vue que nous aurions apprécié l'utilité d'une caution personnelle, dégagée des conditions trop onéreuses qui la rendent impossible et réduite à la seule responsabilité qui intéresse l'ordre social. Mais n'est-il pas à craindre que la seule relégation dans un lieu que le libéré ne choisit pas, mais que l'administration désigne, et qu'il ne doit plus quitter, ne soit pas une garantie suffisante de sa bonne conduite? La surveillance est publique, la résidence dans le lieu où elle s'exerce est obligée, les mesures qui la constituent sont abandonnées à la volonté de l'administration : faut-il espérer que les libérés placés dans une telle position s'y résigneront et ne chercheront pas à s'y dérober?

S'ils ne peuvent plus se livrer au vagabondage, en deviendront-ils meilleurs? La loi, en aggravant la surveillance jusqu'à en faire une seconde peine, atteindra-t-elle le seul but qu'elle doit se proposer, l'extinction de la récidive? C'est là une question que l'expérience resoudra, et sur laquelle nous ne voulons qu'exprimer un doute.]]

77. Telles sont les règles qui s'appliquent à la surveillance. Cette mesure, à la fois répressive et préventive, suit, mais avec un degré différent d'intensité, les différentes peines. Les condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention et à la reclusion, y sont placés de plein droit, après qu'ils ont subi leur peine, et pendant toute la vie (art. 47 du C. P.). Les condamnés au bannissement n'y sont assujettis que pendant un temps égal à la durée de leur peine (art. 48). Les condamnés pour crimes qui intéressent la sûreté de l'Etat doivent également y être soumis (art. 49). Mais, hormis ces trois cas, la surveillance ne peut être prononcée qu'en vertu d'une disposition particulière de la loi (art. 50). De ces dispositions il résulte que la surveillance ne peut jamais être attachée à une peine perpétuelle. Et, en effet, que servirait-elle lorsque le condamné est à jamais privé de sa liberté? Aussi la cour de cassation a-t-elle annulé, par un arrêt du 13 septembre 1834[1], la disposition de l'arrêt d'une cour d'assises qui l'avait attachée à la peine des travaux forcés à perpétuité, en proclamant cette disposition erronée, inutile et dérisoire. Cependant la peine perpétuelle peut être abrégée par la grâce : or le condamné à perpétuité gracié sera-t-il affranchi de cette mesure? L'affirmative est évidente, à moins que la grâce n'ait elle-même commué la peine principale en celle de la surveillance.

Plusieurs questions se sont élevées. On a demandé si les tribunaux pouvaient, en vertu de l'article 463 du code pénal, dispenser de cette peine le prévenu, dans les cas où le code l'attache nécessairement à la peine principale, comme dans les cas de récidive correctionnelle. La cour de cassation avait d'abord refusé de leur reconnaître cette faculté : « attendu que le dernier paragraphe de l'article 463, qui

[1] Journal du droit criminel, 1834, p. 268.

autorise les tribunaux correctionnels à réduire, même en cas de récidive, les peines de l'emprisonnement et de l'amende, n'étend pas cette faculté à la mise en surveillance [1]. » Il nous a paru que cet arrêt, en se renfermant trop étroitement dans le texte de l'article 58, avait méconnu le véritable esprit du nouveau code pénal. Les dernières expressions de l'article 463, en étendant l'effet de cette disposition même aux cas de récidive, et en permettant ainsi de tempérer les peines rigoureuses de l'article 58, révèlent l'intention du législateur de les graduer sur la moralité réelle du condamné, en faisant de son état de récidive une complète abstraction. Comment donc supposer qu'il ait voulu laisser subsister inébranlable une peine qui ne serait que la conséquence de cet état? On objecte que la faculté d'atténuation ne s'étend qu'à l'emprisonnement et à l'amende. Mais les juges peuvent faire descendre ces peines jusqu'au taux de celles de simple police : la cour de cassation, fidèle à son système, jugerait-elle qu'une peine de 15 francs d'amende devra nécessairement être accompagnée de cinq ans de surveillance? Et toutefois n'est-il pas de l'essence des peines de police de n'être jamais suivies de la surveillance? Il nous a donc semblé que cette peine accessoire doit suivre le sort de la peine principale, et que la faculté d'atténuer ou de faire disparaître celle-ci, suppose le pouvoir de dispenser de la première.

[[Cette opinion a été adoptée par un arrêt des chambres réunies de la cour de cassation du 2 janvier 1836, qui porte : « que dans les affaires correctionnelles, lorsque les tribunaux trouvent des circonstances atténuantes, ils sont autorisés par l'art. 463, même en cas de récidive, à réduire la peine correctionnelle, même à lui substituer une peine de simple police; que les tribunaux, investis par là du droit, non-seulement de modérer la peine d'emprisonnement, mais encore de la retrancher, peuvent à plus forte raison se dispenser de prononcer la peine de la surveillance [2]. » Cet arrêt a définitivement fixé la jurisprudence dans ce sens.

[1] Cass. 8 mars 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 80; et arr. Colmar 8 sept. 1833, *ibid.* 1834, p. 89.

[2] Bull. n° 1.

La question s'est élevée de savoir si cette jurisprudence devait s'étendre aux condamnés pour vagabondage. Un arrêt du 8 janvier 1838 avait jugé « que ces condamnés ne peuvent être affranchis, en vertu de l'art. 463, du renvoi sous la surveillance, parce que cette peine est spéciale au vagabondage [1]. » Mais cette restriction a été effacée par des arrêts postérieurs, qui portent « que l'art. 463 est général dans ses dispositions, et s'applique à tous les crimes et délits prévus par le code, et à toutes les peines qu'il prononce; que la mise en surveillance est une peine, et se trouve qualifiée telle par l'art. 11; d'où il suit qu'en cas de circonstances atténuantes, les tribunaux ont la faculté, vis-à-vis des individus convaincus de vagabondage comme vis-à-vis de ceux convaincus de tous autres délits, de réduire la surveillance au-dessous du minimum, et même d'en dispenser complétement le condamné [2]. »]]

La cour de cassation avait également décidé que le terme de cinq ans est un *minimum* dont les juges ne peuvent abréger la durée [3]. On ne trouve, en effet, dans le code, aucun texte qui autorise cette atténuation. Et cependant il est difficile de croire qu'elle soit contraire au vœu du législateur, lorsqu'on se reporte aux lois du 10 avril et du 24 mai 1834, sur les associations et les détenteurs d'armes, lois qui ne sont qu'une partie séparée de ce code, et qui permettent de prononcer la surveillance depuis un mois jusqu'à deux ans. Et pourquoi, en effet, cette peine demeurerait-elle seule inflexible dans sa durée, tandis que les autres peines s'assouplissent suivant les degrés si variables de la culpabilité des prévenus? Les inquiétudes que leur conduite future peut faire naître, les périls qu'elle peut susciter, sont-ils donc toujours les mêmes? Pourquoi la peine resterait-elle uniforme et sans degrés? [[Sur ce point encore, la cour de cassation, revenant sur sa première jurisprudence, a reconnu « que les tribunaux ont le

[1] Bull. n° 7.

[2] Cass. 26 avril 1839, Bull. n° 141; 13 sept. 1851, Bull. n° 388; 9 sept. 1853, Bull. n° 456.

[3] Cass. 7 août 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 211.

droit d'abaisser la durée de la surveillance au-dessous du minimum légal [1]. »]]

La rédaction assez bizarre des articles 47, 48, 49 et 50, peut suggérer quelques incertitudes. Aux termes des articles 47 et 48, la surveillance suit *de plein droit* les peines des travaux forcés à temps, de la détention, de la reclusion et du bannissement, c'est-à-dire qu'elle doit être appliquée lors même que l'arrêt de condamnation ne l'a pas prononcée. D'après l'article 50, au contraire, elle ne peut être attachée aux peines correctionnelles qu'en vertu non-seulement d'un texte positif de la loi, mais encore d'une disposition formelle du jugement. Or, entre ces deux articles si différents, se trouve l'article 49, qui dispose simplement que « les condamnés pour crimes ou délits qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'État [2], *devront être renvoyés sous la même surveillance.* » Dans ce dernier cas, la surveillance est-elle de plein droit? Est-il nécessaire qu'elle soit formulée dans l'arrêt? Cette omission en entrainerait-elle l'annulation? Il est inutile de faire observer que la surveillance est de plein droit, toutes les fois que l'attentat politique est puni de l'une des peines afflictives auxquelles elle est nécessairement attachée. Mais, dans les autres cas, il est indispensable qu'elle soit prononcée, car les peines *de droit* ne peuvent être étendues au delà des termes précis de la loi pénale. Les cours d'assises doivent donc l'exprimer, lorsque le crime ou le délit rentre dans la disposition de l'article 49 : l'omission de cette disposition dans l'arrêt constituerait même un droit acquis au condamné, si cet arrêt n'était pas attaqué en temps utile ; car un pourvoi fondé sur cette omission le ferait nécessairement annuler sur ce chef. Ainsi on peut remarquer cette différence entre la surveillance *de droit* et celle que prescrit l'article 49 : que, dans le premier cas, elle existe indépendamment de la condamnation, et que, dans le dernier, les juges sont tenus de la prononcer; mais que s'ils

[1] Cass. 26 avril 1839, Bull. n° 141.

[2] Ces crimes et délits font la matière du chapitre 1, tit. 1 du liv. 3 du code pénal.

l'omettent, et que cette omission soit converte par la chose jugée, elle profite au condamné. La même solution s'appliquerait à tous les cas où la loi a rendu la surveillance l'accessoire obligé de certains délits.

M. Carnot pense que cette mesure, dans le cas de l'article 49, ne doit avoir d'autre durée que celle de la peine principale [1]. Il fonde cette opinion sur ces termes, *sous la même surveillance*, qui semblent assimiler cette peine à celle de l'article 48, qui précède immédiatement, et qui limite en effet la durée de la surveillance à la durée du bannissement. Mais on doit remarquer que ce dernier article renvoie lui-même les condamnés au bannissement *sous la même surveillance*. Il faut donc remonter à l'art. 47, qui prononce la surveillance de la haute police à vie. A la vérité, l'article intermédiaire formule une exception, une limite; mais, dès qu'elle n'est pas répétée dans celui qui le suit, on ne peut l'y suppléer [2].

[[Lorsqu'un individu est déclaré coupable des délits de vagabondage et de rupture de ban, la peine accessoire de la surveillance, applicable au premier de ces délits, peut-elle être cumulée avec la peine attachée au second? L'affirmative a été prononcée : « attendu que la surveillance de la haute police, à laquelle sont soumis les individus déclarés coupables de certains délits, a été établie comme mesure de police dans l'intérêt public, eu égard au caractère spécial de ces délits, et pour prévenir les dangers auxquels était exposée la société; qu'admettre qu'un prévenu puisse en être affranchi parce que, outre le délit spécial, il en a commis un autre plus grave, serait se mettre en contradiction évidente avec l'esprit et le texte de la loi [3]. »]]

Enfin, la mise en surveillance échappe à la prescription En effet, qu'elle soit à vie, qu'elle soit temporaire, son exécution est indépen-

[1] Commentaire sur l'article 49 du code pénal.

[2] Cette solution rencontre toutefois une exception à l'égard des délits contre la sûreté de l'État prévus par la loi du 24 mai 1834, laquelle rend la surveillance facultative et limitée. *Voyez* J. du dr. cr. 1834, p. 179.

[3] Cass. 13 mai 1853, Bull. n° 162; 23 sept 1847, *ibid.* n° 288; 12 sept. 1844, *ibid.* n° 316; 24 avril 1837, *ibid.* n° 85.

dante des mesures facultatives attribuées par la loi à l'autorité administrative ; la suspension de ces mesures ne peut donc constituer un droit en faveur du condamné ; la peine est continue, et par conséquent imprescriptible ; elle n'a d'autre terme que celui marqué par le jugement ou par la loi[1]. [[Toutefois son exécution est suspendue pendant tout le temps que le condamné subit une peine d'emprisonnement pour un délit quelconque ; car cette détention est la peine d'un nouveau fait, et ne peut se cumuler, dans son exécution, avec la surveillance, qui suppose la liberté du condamné[2]. Mais cette surveillance n'est, au contraire, ni suspendue ni effacée par la permission administrative qui lui aurait été donnée d'habiter en pays étranger[3].]]

78. Il est impossible de passer sous silence plusieurs questions transitoires, mais d'un intérêt actuel, que les variations de la législation ont soulevées. La première est relative aux condamnés aux fers qui, antérieurement au code pénal, ont été soumis à une surveillance locale, en vertu des décrets des 19 ventôse an XIII et 17 juillet 1806. Ils ont pu, sous le régime de l'ancien article 44 du code pénal, réclamer le bénéfice du cautionnement, d'après ce principe consacré par l'article 6 du décret du 23 juillet 1810, que ceux qui sont atteints par la loi antérieure doivent jouir du bénéfice de la loi postérieure qui modifie et adoucit la première. D'après la même règle, ils doivent encore, s'ils n'ont pas fourni ce cautionnement, recevoir l'application de la nouvelle loi. Les précautions formulées par cette loi suffisent à la protection de l'ordre social : il serait donc trop rigoureux de se servir, à l'égard de quelques condamnés, d'anciennes armes que le législateur lui-même a jugées inutiles.

Une difficulté plus grave se présente à l'égard des individus condamnés sous le code pénal de 1810, soit qu'ils aient déjà subi leur peine, soit qu'ils l'exécutent encore. Quels doivent être leurs droits,

[1] *Voyez* cass. 31 janv. 1834, Journ. du dr. crim., p. 156.

[2] Cass. ch. réun. 19 mai 1841, Bull. n° 146.

[3] Cass. 13 déc. 1844, Bull. n° 399.

leur position légale, leurs obligations? Ces condamnés peuvent être partagés en deux classes : ceux qui ont fourni un cautionnement, et ceux qui ne présentent pas cette garantie. Les premiers doivent rester dans la position qu'ils ont acquise ; la loi nouvelle, pour eux, n'introduit aucun bénéfice ; elle aggraverait au contraire leur position, puisque par l'effet du cautionnement ils sont libres de toute entrave : il y aurait alors effet rétroactif. Il en est de même pour tous ceux qui n'ont pas encore achevé de subir leurs peines, et dont le jugement a fixé le montant du cautionnement; enfin, pour tous les condamnés actuellement libérés qui demanderaient à jouir de cette faculté du cautionnement; car, à l'égard de tous, c'est un droit acquis, et, la loi postérieure étant dans ce cas plus rigoureuse, on ne pourrait leur en faire l'application.

Mais, quant aux condamnés qui n'ont pu fournir caution et qui ont maintenant une résidence obligée; quant à ceux qui, au fur et à mesure qu'ils achèveront de subir des condamnations aujourd'hui prononcées, ne réclameront pas cette faculté, il est évident que les dispositions de la loi nouvelle les atteignent et les soumettent à leur empire, d'après le principe d'humanité et de raison que nous avons rappelé.

Telles sont, au surplus, les règles que les comités de législation et de justice administrative du conseil d'Etat ont consacrées dans un avis du 7 novembre 1832, portant : « qu'il est convenable que le gouvernement, usant de la faculté que lui confère l'article 44, et dirigé par les motifs qui l'ont porté à provoquer les modifications qu'a reçues cet article par la loi du 28 avril 1832, substitue lui-même le simple éloignement de certains lieux à la résidence obligée dans un lieu déterminé, pour les individus déjà condamnés ;... que les condamnés qui avaient déjà fourni caution conservent le bénéfice qui leur était acquis par cet article, et ne puissent être soumis aux nouvelles mesures prescrites par cette loi ; enfin, que la faculté de fournir caution reste acquise à tous ceux qui avaient été condamnés par arrêts ou jugements ayant acquis l'autorité de la chose jugée, antérieurement à la loi du 28 avril 1832, soit que la mise en sur-

veillance n'ait pas encore commencé pour eux, soit qu'ils se trouvent déjà placés en surveillance, faute d'avoir usé de cette faculté. »

79. Il reste à parler de la sanction pénale que la loi a donnée à ces diverses mesures. L'ancien article 45 du code pénal portait qu'en cas de désobéissance, le gouvernement aurait le droit de faire arrêter et détenir le condamné, durant un intervalle de temps qui pouvait s'étendre jusqu'à l'expiration du délai fixé pour la surveillance. Ce droit de détention administrative était l'une des dispositions les plus odieuses du code; c'était une peine souvent très-grave, quelquefois perpétuelle, prononcée sans jugement, sans que le prévenu pût se défendre, sans aucune garantie quelconque. Les principes ont été rétablis par la loi du 28 avril 1832; à l'arbitraire a été substitué le droit commun; la peine de la désobéissance ne peut plus, aux termes du nouvel article 45 du code pénal, être prononcée que par les tribunaux correctionnels, et cette peine est limitée à cinq ans.

On doit rechercher quel est le caractère de cette désobéissance, si elle constitue un délit ou bien une simple contravention matérielle. Il est évident que la rupture du ban n'est point un délit moral, qu'elle ne révèle point dans le délinquant une perversité plus grande, un agent plus dangereux. Elle existe, indépendamment de toute intention criminelle, par le seul fait de l'infraction aux règles prescrites par l'article 44 La désobéissance à la loi morale constitue seule le délit; la désobéissance aux formalités imposées par les lois de police ne constitue qu'une contravention [1].

A la vérité, l'article 45 a fixé les limites du *maximum* de la peine à cinq ans d'emprisonnement, et n'a point déterminé de *minimum*. Mais cette latitude a été motivée sur ce que les infractions auxquelles la surveillance peut donner lieu sont extrêmement diverses par leur importance et par leur danger. C'est au juge seul qu'il peut appartenir d'en apprécier la valeur, et de les réprimer par l'application soit d'une peine correctionnelle, soit d'une peine de simple police. L'infraction la plus grave que le condamné puisse commettre, est de se

[1] *Voyez* cass. 18 oct. 1845, Bull. n° 330.

présenter dans les lieux qui lui sont interdits; les autres, consistant dans des formalités négligées, peuvent sans trop d'inconvénients n'entraîner que des peines légères.

Du principe qui vient d'être posé, il résulte que l'infraction du ban commise par un condamné ne peut donner lieu à l'application des peines aggravantes de la récidive. En effet, cette aggravation a sa base dans la présomption de l'immoralité plus grave de l'agent; elle ne peut donc s'appliquer qu'à un fait moral, à un deuxième délit. [[Il y a lieu toutefois de distinguer : il est certain, par la raison qui vient d'être énoncée, que la condamnation pour l'infraction de ban ne peut se combiner avec la condamnation qui a placé le condamné en état de surveillance, pour produire l'état de récidive; mais il n'en est plus ainsi quand la condamnation pour l'infraction de ban est suivie d'une seconde infraction de la même nature : dans la première hypothèse, l'infraction suppose par elle-même l'état de récidive, et ne peut dès lors entrer dans la mesure de la peine, tandis que, dans la seconde, cette considération cesse d'exister [1].]]

[[Une double poursuite peut-elle être exercée contre l'individu qui a quitté sa résidence pour rupture de ban et pour vagabondage? Il faut répondre affirmativement, « attendu que le délit prévu par l'article 270 a des éléments tout à fait différents de celui prévu par l'art. 45 ; qu'il faut en effet, pour constituer ce délit, que le prévenu n'ait point de domicile certain; qu'il soit privé de moyens de subsistance; enfin qu'il n'exerce habituellement ni métiers ni profession; que le condamné qui a abandonné la résidence qui lui avait été assignée par le gouvernement ne peut invoquer cette résidence comme constituant à son égard un domicile certain; que ce domicile de fait cesse nécessairement par l'abandon; que dès lors rien ne s'oppose à ce que le même prévenu soit à la fois condamné pour rupture de ban et pour délit de vagabondage, lorsque les éléments de l'un et de l'autre de ces deux délits, distincts les uns des autres, sont à la fois constatés [2].]]

[1] Cass. 22 juillet 1854, Bull. n° 229; 24 novembre 1856, Bull. n° 352.
[2] Cass. 7 sept. 1855, Journ. du dr. crim., 1, 27, p. 376.

Au reste, l'infraction du ban ne peut être punie qu'autant qu'elle a été constatée par un acte précis. Ainsi il ne suffit pas qu'il soit allégué que le prévenu ne pouvait paraître dans les lieux où il a été saisi ; il faut que l'interdiction dont il était atteint résulte d'un acte formel, ainsi que la déclaration de résidence qu'il avait faite. En effet, cette interdiction, cette déclaration de résidence, sont les éléments de l'infraction, et il serait insolite de condamner un individu pour contravention à un ordre ou à un commandement, sans lui représenter l'ordre enfreint, sans lui prouver qu'il en a eu connaissance. Ces règles de droit commun ont déjà reçu la sanction d'un arrêt de la cour de Colmar du 3 juillet 1833 [1] ; et c'est dès lors un devoir pour les magistrats du ministère public, lorsqu'ils ont à poursuivre des infractions de cette nature, de réclamer des autorités administratives sous la surveillance desquelles les prévenus se trouvaient placés, toutes les informations propres à éclairer la justice.

Une dernière question s'est élevée sur l'effet rétroactif de l'art. 45 : les tribunaux correctionnels sont-ils compétents pour connaître des infractions dont les individus condamnés et soumis à la surveillance avant sa promulgation, se rendraient coupables? Les cours de Paris et de Grenoble, par deux arrêts des 30 octobre 1832 et 11 décembre 1833 [2], ont adopté une solution affirmative; et l'avis du conseil d'État, que nous avons déjà cité, décide également : « que les individus déjà condamnés, lorsque, mis en surveillance avant la loi du 28 avril 1832, ils n'auraient violé leur ban que postérieurement à la publication de cette loi, doivent, conformément au nouvel article 45 du code pénal, être renvoyés par-devant les tribunaux correctionnels pour y être condamnés à la peine indiquée dans cet article. » Nous partageons complétement cette opinion. L'état de surveillance est une conséquence d'une condamnation antérieure; mais la désobéissance aux règles qui établissent cet état est

[1] Journ. du dr. crim. 1832, p. 292, et 1833, p. 91.

[2] *Ibid.*

un fait étranger à la condamnation, et qui n'en dérive nullement : c'est un délit nouveau qui, conformément au principe général, ne peut être atteint que par les lois en vigueur au moment où il est commis. L'article abrogé a donc cessé d'être applicable même aux condamnés dont la surveillance est antérieure à l'abrogation.

[[Cette opinion a été adoptée par la cour de cassation dans un arrêt qui déclare « que les dispositions pénales de l'art. 45 ne s'appliquent pas seulement aux condamnés qui ont été renvoyés sous la surveillance de la haute police par des jugements postérieurs à la loi du 28 avril 1832, mais aussi à ceux qui auraient été placés dans cet état par des jugements antérieurs à sa publication; qu'en effet la désobéissance est une infraction nouvelle qui ne peut être atteinte que par les lois en vigueur au moment où elle a été commise [1]. » La même solution serait applicable aujourd'hui en ce qui concerne les dispositions du décret du 8 décembre 1851.]]

[[Quel est le tribunal qui doit statuer sur l'individu prévenu de rupture de ban? Est-ce celui du lieu où il a été trouvé, ou celui qui a prononcé la condamnation? Le tribunal du lieu est évidemment compétent, aux termes des art. 23 et 63 du C. d'inst. crim., et ce n'est qu'au cas où le prévenu dénie son identité qu'il y a lieu, conformément à l'art. 518 du même code, de le renvoyer devant le juge qui a prononcé la condamnation primitive [2].]]

Nous terminerons ce chapitre par une observation qui s'applique à toutes les interdictions de droit qui s'y trouvent traitées : c'est que ces incapacités, quelles qu'elles soient, cessent à la fois à la réhabilitation du condamné. « La réhabilitation, porte l'article 633 du code d'instruction criminelle, fait cesser pour l'avenir, dans la personne du condamné, toutes les incapacités qui résultaient de la condamnation. » Ainsi cette heureuse institution laisse entrevoir aux yeux du condamné un terme à la perpétuité de ces privations souvent si pénibles.

[1] Cass. 23 janvier 1840, Bull. n° 31.

[2] Cass. 17 sept. 1834, Dev. 35, 1, 79; 23 juillet 1835, Dev. 35, 1, 929; 8 octobre 1835, Dev. 36, 1, 176.

CHAPITRE VIII.

DES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES.

(*Commentaire des art.* 9, 10, 11, 51, 52, 53, 54 *et* 55 *du C. pén.*)

80. Énumération des condamnations pécuniaires.

§ Ier. — *De l'amende.*

81. De l'amende. Caractère de cette peine.
82. Des amendes arbitraires.
83. Système du code (art. 9 et 10).
84. Appréciation de ce système.
85. L'amende est une peine. Conséquences de ce principe.
86. Exceptions dans quelques matières spéciales.
87. L'amende est éteinte par le décès du condamné.
88. Application aux amendes de la règle qui prohibe le cumul des peines.
89. L'amende doit être individuelle, c'est-à-dire infligée à chacun des agents.
90. De la solidarité des amendes.
91. Application des amendes dont la loi n'a pas fixé la quotité.

§ II. — *De la confiscation spéciale.*

92. Caractère de la confiscation spéciale (art. 11 C. pén.).
93. A quels objets elle peut être appliquée.

§ III. — *Des dommages-intérêts.*

94. Du droit à des dommages-intérêts (art. 51 C. pén.).
95. Distinction des restitutions et des dommages-intérêts.
96. Règles relatives à leur application.

§ IV. — *Des frais.*

97. Du principe de la condamnation aux frais (art. 52 C. pén.).
98. Examen de ce principe et de la théorie du code.
99. Examen des textes du code modifiés par la loi du 28 avril 1832.
100. Distinction des matières correctionnelles et de police, et des matières criminelles.

80. Les condamnations pécuniaires comprennent *l'amende*, *les restitutions civiles et les frais*. Nous allons successivement parcourir les règles différentes qui s'appliquent à chacune de ces matières.

§ Ier.—*De l'Amende.*

81. En France, cette peine paraît avoir pris son origine moins dans les lois romaines que dans les anciennes compositions des Francs et des Germains. Ces compositions, communes aux peuples barbares, et qu'on retrouve avec étonnement, de notre temps, dans les lois d'une nation civilisée, celle de la Chine [1], rachetaient à prix d'argent les crimes les plus graves, qui étaient ainsi *amendables* à volonté; mais cet argent n'était pas entièrement pour l'offensé; une partie appartenait au roi ou au leude sur les terres duquel se rendait la justice [2]. Or, quand les compositions furent abolies [3], cette portion, à laquelle le nom d'*amende* resta, fut maintenue, « principalement, dit Muyart de Vouglans, pour indemniser le roi et les seigneurs des frais qu'ils sont obligés de faire pour la poursuite des criminels [4]. »

L'amende, graduée dans une juste proportion, a des effets utiles, et convient parfaitement à une certaine classe de délits. Elle est *divisible* presque à l'infini : elle descend jusqu'aux degrés les plus infimes de l'échelle pénale, et peut se trouver en rapport avec les délits les plus légers. Elle est *réparable :* il ne s'agit que d'en effectuer le remboursement. Enfin, « il n'est point de peine, dit Bentham, qu'on puisse asseoir avec plus d'*égalité*, ni mieux proportionner à la fortune des délinquants [5]. » En effet, tout le mal pro-

[1] Ta-tsing-leu-lée, ou Code pénal de la Chine, traduit du chinois par Stanton, 1812, t. 1, p. 11.

[2] *Voyez* Loiseau, Traité des offices, l. 1, ch. 11, nos 86 et suiv.; Pastoret, Lois pénales, 2e part., ch. 8.

[3] On en voit encore des vestiges au XIVe siècle. *Voy.* ord. 3 mars 1356. Decrusy et Isambert, t. 4, p. 821.

[4] Lois crim., p. 84.

[5] Théorie des peines, p 310.

duit par cette peine se réduit à une simple privation, à la perte de telle somme. Or, privez deux délinquants du dixième, du vingtième de leur fortune respective; que l'amende consiste, non dans la même somme nominale; mais dans une somme également proportionnelle à leur capital, la privation sera la même, l'égalité de la peine sera complète.

82. Mais, dans cette matière surtout, il y a loin de la théorie à l'application : cette égalité relative des amendes est l'un des problèmes les plus difficiles de la législation pénale. Tous les codes ont eu pour but de le résoudre ; mais leurs dispositions sont insuffisantes, soit parce qu'elles sont trop vagues, soit parce qu'elles laissent trop de part à l'arbitraire.

Le droit ancien posait des règles pleines d'humanité : les amendes excessives étaient nulles de plein droit : *mulcta immoderata et excessiva, ipso jure nulla est* [1]. Le juge pouvait en diminuer le taux, et même en faire la remise : *judex mulctam vel minuere, vel etiam remittere valet* [2]. Les pauvres en étaient exempts : *potest remitti ex causâ paupertatis* [3]; et, dans ce dernier cas, la peine pécuniaire ne pouvait être convertie en peine corporelle [4]. Enfin cette peine n'emportait jamais d'infamie par elle-même [5].

Cette dernière règle n'était point absolue : dans notre ancienne législation, les amendes étaient infamantes toutes les fois qu'elles étaient prononcées sur une procédure extraordinaire [6]. Du reste, presque toujours accessoires à d'autres peines, les amendes étaient en général ou *fixes* ou *arbitraires:* dans ce dernier cas, le juge pouvait en

[1] Farinacius, De delictis et pœnis, quæst. 18, n° 29.

[2] *Ibid.*, n° 55.

[3] Farinacius, De delictis et pœnis, quæst. 18.

[4] Farinacius, loc. cit., n° 57, discute cette question et la résout négativement. Tiraqueau adopte cette solution : « Propter inopiam solvendi mulctam non fit mutatio ipsius mulctæ in corpus. » (Loc. suprà cit.)

[5] Non mulcta, sed causa, infamiam irrogat, l. 4, § 4, ff. de his qui not. inf.

[6] Ord. de 1670, tit. 25.

mesurer la quotité suivant les circonstances, la nature du crime, et, comme l'ajoute Jousse [1], *suivant la qualité de l'accusé.*

Cet abandon des amendes à l'arbitraire du juge se retrouve dans plusieurs législations modernes. Le code pénal d'Autriche reproduit souvent cette simple formule : *amende proportionnée aux moyens du coupable.* La grande charte d'Angleterre (art. 25, 26, 27 et 28) proclame « que la peine pécunaire doit être proportionnée aux facultés et à la situation du coupable ; qu'elle ne doit jamais être assez forte pour obliger un fermier d'abandonner son champ, un marchaud de cesser son trafic, et un laboureur de vendre ses instruments de culture. » Ce principe est le seul qui régisse les amendes dans la législation anglaise : elle s'est abstenue d'en déterminer le taux. Le code prussien exempte tout à fait des amendes les classes les plus pauvres de la société (art. 85), il les convertit en travaux correctionnels ou en détention ; la détention est calculée à raison de huit jours par cinq écus d'amende (art. 88).

Le législateur du Brésil a adopté un autre système ; l'article 55 de son code pose un principe général ainsi conçu : « La peine de l'amende obligera les coupables au payement d'une somme pécuniaire qui sera toujours réglée selon ce que les condamnés peuvent retirer chaque jour du revenu de leurs biens, emplois ou industrie. » Si ce principe peut se traduire dans une application fidèle, la question de la mesure des amendes peut être considérée comme résolue ; car, avec une telle règle, l'amende cesserait d'être illusoire pour le riche et accablante pour le pauvre : elle pèserait du même poids sur toutes les classes de la société.

Mais le juge aura-t-il les moyens de calculer avec justesse les revenus de chaque délinquant ? Comment réunira-t-il les éléments de ce calcul, lorsque ceux-ci seront intéressés à les lui céler ? S'il tombe dans quelque erreur, si son calcul est inexact, l'inégalité de la peine ne devient-elle pas aussitôt manifeste ? La base est juste, mais elle

[1] Just. crim., t. 1, p. 63.

ne suffit pas ; il aurait fallu y joindre les moyens d'en faire une exacte application.

83. Arrivons à notre législation.

Le code rural du 28 septembre 1791 et le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV avaient pris pour base de l'amende la valeur de la journée de travail. Cette disposition aurait eu quelque analogie avec le code du Brésil, si le taux de l'amende y avait été calculé sur le prix de la journée de chaque délinquant. Mais la loi n'avait pas été jusque-là : elle s'était bornée à évaluer le taux de la journée de travail dans chaque localité, et ce taux moyen était ensuite doublé, quadruplé, suivant le caractère du délit, et abstraction faite de la fortune du délinquant.

Le code pénal a changé cette sorte d'unité, base des amendes, sans changer le système de leur pondération. Sa théorie, simple et claire, a été d'établir des amendes uniformes à l'égard de tous les prévenus, et dont le taux fût en proportion avec la gravité des délits. « Le projet, disait l'exposé des motifs du code, laisse au juge une certaine latitude pour fixer la quotité de l'amende correctionnelle : les circonstances qui atténuent ou qui augmentent un délit ne peuvent être toutes prévues par la loi ; il faut donc accorder au juge le moyen de proportionner l'amende à la faute. » Ainsi la loi gradue cette peine, elle l'élève ou l'abaisse suivant le degré moral de l'infraction, mais non suivant la position sociale du délinquant ; elle ne fait aucune acception de personnes ; c'est l'application rigoureuse du principe de l'égalité devant la loi ; mais ce principe conduit directement à l'inégalité dans la distribution du châtiment, puisque le riche se joue de la même amende qui va consommer la ruine du pauvre.

On a cherché à pallier ce vice en élargissant les limites dans lesquelles l'amende était circonscrite, en agrandissant les pouvoirs du juge, en effaçant, pour ainsi dire, le *minimum* de cette peine. Mais ce remède n'a point été entièrement efficace, d'abord parce que le *maximum* des amendes est toujours illusoire pour les plus riches, ensuite parce que la loi n'a point fait de la fortune du délinquant une circonstance aggravante ou atténuante de cette peine. D'ailleurs la

faculté presque illimitée d'atténuation que l'article 463 du code pénal a créée ne s'applique qu'aux amendes prononcées par ce code, et cependant c'est surtout dans les législations spéciales que cette peine, plus fréquemment employée, devient rigoureuse par le taux élevé auquel on l'a souvent fixée.

Néanmoins le système du code, incomplet seulement, nous paraît fondé sur une idée saine de pratique. Toute la théorie de la matière se réduit à poser en principe que l'amende doit être proportionnée à la fortune des délinquants. Mais comment arriver à établir cette proportion? Filangieri [1] et Bentham [2] ont proposé de la fixer en déterminant non la quotité de la somme, mais la portion de la fortune du prévenu qui lui serait enlevée par la peine : ainsi tel délit serait puni de la privation du cinquième, du dixième, du vingtième des biens du coupable. Mais ce principe, d'où semble découler une rigoureuse égalité, peut être défectueux dans l'application; car, si vous enlevez le dixième de sa fortune au possesseur d'un million, cette peine ne lui sera point aussi onéreuse qu'à celui dont mille ou dix mille francs composent tout l'avoir. Nous avons parlé plus haut du danger des investigations nécessaires pour constater les revenus ou les biens des délinquants.

84. Il nous paraît donc que la distribution des amendes, proportionnellement à la position sociale des prévenus, ne peut être opérée que par le juge. La loi n'a point de règles assez précises, de distinctions assez multipliées pour tous les cas, pour toutes les circonstances; elle doit nécessairement se confier à la sagesse des magistrats pour faire la part des temps, des conditions, des ressources pécuniaires. Son principe doit être de leur laisser une grande latitude dans l'application de l'amende, en les avertissant toutefois qu'ils doivent tenir compte non-seulement de la gravité de l'infraction, mais aussi des circonstances individuelles où se trouvent les délin-

[1] Liv. 3, p. 2; et M. Pastoret, 2e part., chap. 8, et 3e part., chap. 10, § 3.

[2] Théorie des peines, p. 340.

quants. C'est en partageant cette idée que M. Charles Lucas a proposé de n'établir qu'un *maximum* pour les amendes, en donnant aux juges la faculté de les abaisser indéfiniment [1].

Ainsi, dans ce système, la loi déléguerait au juge le soin d'appliquer le principe de l'égale répartition des amendes, mais elle le guiderait dans cette difficile opération en fixant les éléments de son calcul : ces éléments sont d'une double nature, et se puisent soit dans le degré de gravité du délit, soit dans la position sociale du délinquant. Notre code pénal aurait complétement suivi cette voie s'il avait permis au juge de faire entrer ce dernier élément en ligne de compte dans la computation de l'amende. Ce n'eût été, au surplus, qu'appliquer une ancienne maxime rappelée par Tiraqueau : « *Mitius est agendum cum pauperibus quàm cum divitibus, cùm agitur de pœnâ pecuniariâ* [2]. »

Mais s'il suffit, en général, de fixer le *maximum* des amendes, cette fixation présente quelques difficultés. A quelles limites doit-elle s'arrêter? « Ce *maximum*, a dit M. Charles Lucas, doit être tel, que l'application n'en soit pas illusoire pour les citoyens les plus riches. » Et il est certain, en effet, que l'exacte application du principe de l'égalité cesserait d'avoir lieu, si les fortunes élevées pouvaient se jouer de cette limite. Mais, d'une autre part, on ne doit pas perdre de vue qu'en élargissant le cercle des amendes, on accroît en proportion la mesure de puissance dont le juge est investi.

M. Livingston a proposé en principe, dans l'article 90 du code de la Louisiane, que l'amende ne peut dans aucun cas excéder la quatrième partie de la fortune du condamné : c'est là le *maximum* de cette peine. Le législateur du Brésil a été moins loin : l'amende, dans son code, n'atteint que les revenus du délinquant. Cette dernière règle est peut-être plus conforme au principe fondamental de cette matière. L'amende, en effet, rencontre des limites dans sa propre nature; si elle est exagérée, si elle atteint le capital, ce n'est plus

[1] Du système pénal, p. 394.

[2] De pœnis temperandis aut remittendis, 137.

une amende, mais une confiscation partielle. Poser la borne entre l'amende et la confiscation, est, on l'avoue, une tâche difficile. « Il est impossible, a dit M. Rossi [1], de l'exprimer par un chiffre. Elle dépend d'abord de la richesse nationale et de la distribution de cette richesse. Elle dépend ensuite de l'état individuel de l'accusé sous le rapport de la fortune. » Ce publiciste pense, en conséquence, que le législateur doit se contenter d'une limite discrétionnaire, établie par l'évaluation de la moyenne des fortunes. Il suit de là que le *maximum* des amendes serait essentiellement variable, suivant les progrès de la richesse générale de la nation.

Les réflexions qui précèdent, au surplus, ne doivent point s'appliquer aux faibles amendes que la loi inflige aux simples contraventions. A l'égard de ces infractions, l'amende est moins une peine qu'un avertissement : son but est d'éveiller l'attention des citoyens sur la nécessité de se conformer avec exactitude aux règles de police. L'amende peut donc rester légère, même en atteignant les citoyens les plus riches ; il suffit qu'elle les ait avertis de l'infraction qu'ils ont commise ; sa mission est remplie.

Mais l'amende peut tomber sur des délinquants insolvables : glissera-t-elle sur eux sans les effleurer ? L'usage de convertir alors la peine pécuniaire en une peine corporelle paraît remonter jusqu'à la loi romaine [2]. Cependant Farinacius, après avoir rappelé la maxime : *quod non habet in bonis, luat in corpus,* conteste au juge le pouvoir de commuer arbitrairement l'amende en emprisonnement [3]; et Tiraqueau pense que cette maxime ne s'appliquait pas aux amendes [4]. Mais, dans notre ancien droit, les cours souveraines avaient ce pouvoir : une ordonnance de Henri II, du mois de mars 1549, portait que « si, après le temps de six mois, les prisonniers ne peuvent payer l'amende pour cause de délit, les cours procéderont à la commutation

[1] Traité de droit pénal, t. 3, p. 212.
[2] Loi 1, § generaliter Dig. de pœnis; et Lois fin. Dig. de in jus vocando.
[3] De del. et pœn., quæst, 18, n° 57.
[4] De pœn. temp. aut remit., p. 137.

de la peine pécuniaire en peine corporelle [1]. » Un grand nombre d'arrêts avaient confirmé cette règle [2]; mais elle ne s'étendait pas aux amendes légères, et les juges inférieurs n'avaient pas le droit de l'appliquer. Cette disposition s'est maintenue dans quelques législations étrangères : l'article 89 du code prussien autorise la commutation de l'amende en emprisonnement; une amende de cinq écus équivaut à huit jours de détention. Le projet du code pénal de la Louisiane consacre la même faculté : son article 90 pose la base d'un jour d'emprisonnement pour deux dollars. Mais notre droit nouveau a répudié cette conversion; l'amende est prononcée même contre les insolvables [3]. Seulement le mode d'exécution de cette peine, par la voie de la contrainte par corps, opère alors de fait une sorte de commutation; après un certain laps de détention, le condamné recouvre une liberté définitive [4]. Nous examinerons dans le chapitre suivant le caractère et les effets de ce moyen d'exécution.

Après avoir rappelé les principes théoriques que le code a suivis, nous passons à l'interprétation de ses textes, trop peu explicites en cette matière.

85. La première règle que nous y puisons, celle qui domine la matière, est que l'amende est une véritable *peine*. Les articles 9, 11 et 464 du code consacrent formellement et successivement cette règle; elle est féconde en conséquences.

Il en résulte, d'abord, que l'amende ne peut atteindre que les prévenus déclarés coupables des délits; car toute peine est essentiellement personnelle. Ainsi la responsabilité civile, telle qu'elle est établie par l'article 1384 du code Nap., ne comprend que les dommages-intérêts, elle ne s'étend pas aux amendes. Cette évidente déduction du caractère pénal de l'amende a été fréquemment consa-

[1] Isambert, t. 13, p. 162.

[2] Papon, l. 10, tit. 4, nos 2 et 8; Rebuffe, sur l'édit de Henri II; Jousse, t. 2, p. 653.

[3] Cass. 3 nov. 1826.

[4] Loi du 6 oct. 1793; art. 53 cod. pén.; art. 42, loi du 17 avr. 1832; art. 8, loi du 13 décembre 1848; 213 cod. forest.

crée par la jurisprudence [1]. Il n'est pas inutile de citer quelques-unes de ses applications : c'est ainsi qu'elle a déclaré que la responsabilité civile ne devait point comprendre les amendes, en matière de délits ruraux [2], de loteries tenues sans autorisation [3], d'infractions aux règlements sur la direction des voitures [4], de contraventions commises par les préposés des messageries [5], de contraventions commises par les porteurs de licences des fermiers de la pêche [6].

86. Toutefois cette règle a reçu une dérogation dans quelques matières spéciales ; mais cette exception, n'existant qu'en vertu de la loi qui l'a formulée, doit être strictement resserrée dans ses termes ; il est donc nécessaire de parcourir les exemples qu'en offre la législation.

Nous en trouvons un premier dans les lois de douanes. L'art. 20 du titre 13 de la loi du 6-22 août 1791 est ainsi conçu : « Les propriétaires des marchandises seront responsables civilement du fait de leurs facteurs, agents, serviteurs et domestiques, en ce qui concerne les droits, confiscations, *amendes* et dépens. » Ainsi les propriétaires des objets introduits en contrebande sont tenus du payement des amendes encourues par leurs préposés ; la peine les frappe en même temps que les prévenus ; elle cesse d'être personnelle : c'est une exception évidente au droit commun. Mais on doit remarquer, d'abord, qu'il ne s'agit point ici de cette responsabilité civile qui prend sa source dans une dépendance nécessaire d'une part, et de l'autre dans une surveillance obligée, et qui dès lors s'applique à tous les pères, maîtres et commettants : les propriétaires des marchandises y sont seuls assujettis. C'est que cette condamnation dérive moins d'une véritable responsabilité que d'une présomption légale que la

[1] Cass. 12 pluv. an X ; 14 janv. 18 9 ; 9 juin 1832, Journal crim 1832, p. 250.

[2] Cass. 5 fév. 1820 ; 8 août et 4 sept. 1823 ; 21 avr et 15 déc. 1827.

[3] Cass. 30 nov. 1821 ; 4 sept. 1823 ; 24 mars 1855, Bull. n° 116.

[4] Cass. 18 oct. 1827.

[5] Cass. 18 nov. 1825.

[6] Cass. 14 juillet 1814, J. P. 12, 315.

fraude a eu lieu par leurs ordres ou de leur consentement : c'est une sorte de complicité que la loi suppose et punit indirectement.

Nous ne partageons donc point l'opinion émise par la cour de cassation, qu'en cette matière l'amende cesse d'être une peine, et qu'il faut la considérer simplement comme une réparation civile du dommage causé à l'État par la fraude [1]. L'amende n'est point une réparation civile, puisque, si les propriétaires des marchandises en sont responsables, cette responsabilité, aux termes de la loi fiscale elle-même, n'atteint ni les pères et mères, ni les maîtres et commettants. Elle n'a point ce caractère, puisque l'action en réparation civile survit au décès même du délinquant, aux termes de l'article 2 du code d'instruction criminelle : or pourrait-on continuer une poursuite correctionnelle contre les héritiers du prévenu décédé avant le terme de cette poursuite? La cour de cassation elle-même a répondu négativement à cette question, en statuant sur un délit de douanes : « Attendu qu'en matière de contravention aux lois fiscales, comme dans toutes les autres matières, les amendes ont un caractère pénal; qu'elles sont personnelles; que l'action s'en éteint donc par le décès du contrevenant, lorsqu'il a lieu avant que la condamnation ait été prononcée; que, si l'administration a le droit de poursuivre cette peine, c'est qu'elle en a reçu l'attribution de la loi; que cette attribution est fondée sur ce que les amendes font partie des intérêts fiscaux qui sont confiés à sa surveillance; mais que son action, en cette partie, n'en est pas moins soumise aux règles qui concernent les actions publiques [2]. »

La contradiction de cet arrêt avec ceux qui ont été cités précédemment est évidente, puisque, d'une part, la cour de cassation imprime à l'amende le caractère d'une simple réparation civile, et,

[1] Cass. 6 juin 1811, 17 déc. 1831, et 11 oct. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 6 et 314; 18 mars 1842, Journ. du dr. crim. 1842, art. 2427; 14 mai 1842, Bull. n° 121; 13 mars 1844, Bull. n° 92.

[2] Cass. 28 mess. an VIII, Sirey, 1-1-309; 9 déc. 1813, Journ. du dr. crim. 1834, p. 6.

d'une autre, celui d'une peine. Cette double solution atteste assez que la loi a été méconnue. A nos yeux, l'amende, en matière fiscale, ne cesse jamais d'être une peine ; seulement, et par une dérogation formelle au principe des peines, elle n'est point strictement personnelle : elle atteint, outre le prévenu déclaré coupable, les personnes que la loi présume ses complices : tel est le double caractère de cette amende. L'État trouve la réparation du préjudice que la fraude lui a causé, dans le payement des droits et la confiscation des marchandises et des objets de transport : l'amende a une mission pénale ; elle flétrit la désobéissance aux lois ; elle punit la fraude.

La législation des contributions indirectes a consacré la même exception : l'article 35 de la loi du 1er germinal an XIII est une reproduction fidèle de la loi du 6 août 1791. Les mêmes hésitations se font aussi remarquer dans la jurisprudence qui en a fait l'application. Ainsi un arrêt de la cour de cassation déclare que l'amende, en cette matière, est une peine soumise à toutes les règles générales relatives aux peines [1]; un second arrêt confirme cette décision, et en tire la déduction que les jugements qui prononcent cette amende sont exécutoires par la voie de la contrainte par corps, encore bien qu'ils ne l'aient pas prescrite [2]; enfin un troisième, renversant cette jurisprudence, pose en principe que l'amende ne doit être considérée que comme une réparation civile du dommage causé [3]. Or comment admettre que, dans la même matière, l'amende puisse tantôt prendre le caractère d'une peine pour justifier l'emploi de la contrainte par corps, tantôt d'une réparation pour motiver la responsabilité civile? Il faut donc appliquer à cette matière, comme à celle des douanes, la doctrine que nous avons énoncée. Et, au surplus, nous ferons remarquer, en terminant sur ce point, que l'arrêt du 11 octobre 1834 a fait peser la responsabilité de l'amende, non pas sur le propriétaire des marchandises, comme l'article 35 de la loi du 1er germinal

[1] Cass. 9 déc. 1813.
[2] Cass. 14 fév. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 314.
[3] Cass. 11 oct. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 314.

an XIII autorise à le faire, mais sur le père d'un enfant mineur: c'est une nouvelle déviation des règles légales qu'il importait de signaler.

Telles sont les seules dérogations que la loi ait faites à la règle générale qui régit les amendes. L'ordonnance de 1669 (titre 19, article 13) déclarait les pères et maîtres civilement responsables des *condamnations rendues* en matière forestière, et la jurisprudence avait entendu cet article en ce sens, que la responsabilité s'étendait même aux amendes, lorsqu'il s'agissait de délits commis dans les bois de l'État. L'article 206 du code forestier a réformé cette interprétation, en déclarant que cette responsabilité ne s'appliquerait qu'aux restitutions, dommages-intérêts et frais. « L'amende, disait le rapporteur, M. Favard de Langlade, est une véritable peine; elle ne saurait donc atteindre celui qui ne s'est pas rendu coupable; elle ne peut frapper que le délinquant; c'est lui qu'il faut atteindre directement : l'Etat a la voie de la contrainte par corps pour le contraindre au payement de l'amende, et ce genre de punition est bien plus utile à la société que l'effet d'une responsabilité civile. Si, du reste, les pères, mères, maîtres, etc., sont complices des délits commis par leurs subordonnés, il est un moyen bien simple de leur faire supporter l'amende: il ne s'agit que de les traduire en justice pour cause de complicité. » Le même principe domine le code de la pêche fluviale du 15 avril 1829 (art. 74).

[[On ne doit pas considérer comme ayant dérogé à cette règle plusieurs arrêts qui ont décidé : 1° que les entrepreneurs de vidanges sont passibles des amendes encourues par le fait de leurs préposés [1]; 2° que les propriétaires sont passibles des amendes prononcées pour le défaut de balayage de la voie publique devant leurs maisons [2]; 3° que les propriétaires de fonds riverains sont passibles des amendes prononcées en raison des infractions commises par leurs

[1] Cass. 4 juin 1842, Bull. n° 136.
[2] Cass. 4 mai 1848, Bull. n° 133; 15 juillet 1859, Bull. n° 179.

préposés à la police d'un cours d'eau [1]. Dans ces diverses hypothèses, la loi ou les règlements avaient imposé aux propriétaires ou entrepreneurs eux-mêmes l'obligation de veiller à l'exécution des charges imposées à la propriété ou à l'entreprise. On a donc pu considérer la contravention comme une négligence personnelle de leur part.]]

87. De la règle qui attribue à l'amende un caractère pénal, il découle encore, ainsi qu'on l'a vu, que, si le condamné est décédé avant que le jugement ait acquis la force de la chose jugée, l'amende est éteinte par ce décès [2]. C'est l'application de l'article 2 du code d'instruction criminelle, portant que l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu. Mais, si le jugement, au contraire, est devenu inattaquable avant le décès, la question de savoir s'il doit être exécuté, si le payement de l'amende peut être poursuivi sur les héritiers, soulève de graves difficultés. Car, l'amende étant une peine, il est de l'essence des peines de ne point passer aux héritiers. Elle diffère de la condamnation civile en ce que celle-ci est la réparation d'un dommage causé, tandis que l'amende est la réparation d'un devoir violé : les héritiers sont responsables des dommages faits par leur auteur; ils ne le sont pas de la violation qu'il a commise de ses devoirs moraux. Et puis pourquoi distinguerait-on entre les peines corporelles et les peines pécuniaires? Pourquoi, lorsque les premières tombent avec le décès du condamné, les autres resteraient-elles debout pour frapper ses représentants? Ne sont-elles pas soumises au même principe? Cette distinction n'est-elle pas effacée par le deuxième paragraphe de l'article 2 du code d'instruction criminelle, qui ne laisse subsister contre les représentants que l'action civile en réparation du dommage?

Mais ces motifs, quoique spécieux, ne suffisent point; car, aux

[1] Cass. 5 juin 1856, Bull. n° 203; 3 avril 1857, Bull. n° 139.

[2] Jousse, t. 1, p. 72; cass. 28 mess. an VIII et 9 déc. 1813, Sir., 14-1-94; 9 déc. 1842, Journ. du dr. crim., art. 4556; Bourguignon, Manuel d'inst. crim., sur l'art. 2.

termes de ce même article 2, l'action pour l'application de la peine s'éteint par le décès du prévenu; mais, si la condamnation est devenue définitive avant ce décès, ce n'est plus une simple action qui demeure, c'est un droit acquis. Si ce droit ne peut s'exercer, par la nature même des choses, à l'égard des peines corporelles, il en doit être autrement pour les peines pécuniaires, parce que la condamnation à l'amende est devenue une dette au profit de l'Etat, du moment où le jugement qui l'a prononcée est devenu irréfragable. Or, les biens du débiteur étant, aux termes de l'article 2093 du code civil, le gage commun de ses créanciers, ces biens ont été affectés à cette dette, et c'est avec cette charge qu'ils sont passés aux héritiers. Au surplus, cette solution est puisée dans l'esprit même du code pénal. En effet, on lit dans les procès-verbaux du conseil d'Etat que cette question fut soulevée dans les discussions qui préparèrent le code d'instruction criminelle : « M. de Cessac demande si l'héritier est affranchi du payement de l'amende et des autres condamnations pécuniaires. MM. Cambacérès et Treilhard répondirent que l'article 2 n'éteint que l'action publique. » M. Merlin distingua entre le cas où l'amende est prononcée et celui où elle ne l'est pas : « Dans le premier cas, dit-il, la condamnation doit avoir ses effets; dans le deuxième, la mort du prévenu, le faisant réputer innocent, empêche qu'aucune peine, même pécuniaire, puisse lui être appliquée. » M. Cambacérès dit que c'étaient là les vrais principes : « L'explication de M. Merlin, ajouta-t-il, étant consignée dans le procès-verbal, lèvera les doutes, et fixera le sens de l'article. Il sera bien entendu que le jugement qui prononce l'amende recevra son exécution, nonobstant la mort du condamné[1]. »

88. Nous déduirons encore de notre règle un troisième corollaire : c'est que les amendes, étant de véritables peines, ne devraient pas indéfiniment se cumuler entre elles. C'est l'application de l'article 365 du code d'instruction criminelle, qui porte que, « en cas de conviction

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séance du 31 mai 1808; Locré, t. 25, p. 118.

de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. » Or cette règle est générale, elle s'applique à toutes les peines. Comment pourrait-on justifier vis-à-vis des amendes une exception que la loi n'a nulle part autorisée? La cour de cassation n'avait point fait d'abord cette exception; elle avait seulement déclaré « que l'article 365 n'est point applicable aux amendes et peines pécuniaires portées par les lois relatives aux matières qui n'ont pas été réglées par le code pénal [1]. » Et de cette décision il résultait, d'abord, implicitement que ce même art. 365 doit s'appliquer aux amendes prononcées par le code pénal: c'est la consécration formelle de notre opinion. Mais la restriction posée par l'arrêt est-elle fondée?

Le principe qui veut que les peines ne se cumulent pas, hors le cas de récidive, est un principe général de droit criminel, qui domine toutes les branches de la législation, parce qu'il se fonde sur une raison d'équité qui se reproduit à l'égard de tous les délinquants: c'est qu'il est injuste et à la fois inutile de faire peser plusieurs peines sur un prévenu, pour des infractions commises avant qu'il n'ait reçu le solennel avertissement d'une première condamnation. Or ce motif s'élève aussi haut dans les matières spéciales que dans les autres matières. La loi ne doit pas imputer au délinquant les lenteurs de la justice, qui lui ont permis de commettre une nouvelle contravention qu'il n'eût pas commise peut-être, si la répression eût été plus prompte. Au reste, dans l'espèce de l'arrêt cité plus haut, il s'agissait de l'application de la loi du 15 ventôse an XIII, relative à l'indemnité à payer aux maîtres de poste, et la cour de cassation a surtout motivé sa décision sur ce que l'esprit de cette loi serait de cumuler les amendes d'après le nombre des contraventions. On peut donc induire de cet arrêt lui-même que, même dans les matières spéciales, le principe de l'article 365 doit être appliqué aux amendes, à moins qu'il ne soit exclu par les dispositions de ces lois exceptionnelles.

[1] Cass. 11 oct. 1827, Bull. off. n° 264.

[[La jurisprudence a varié sur ce point. Il faut distinguer si l'amende a été prononcée en matière ordinaire ou en matière spéciale, si elle a été prononcée comme peine principale ou comme peine accessoire, enfin si elle a été prononcée pour crime ou délit, ou pour simple contravention.

La jurisprudence n'applique point l'article 365 aux amendes prononcées dans les matières spéciales qui sont régies par des lois et des règlements particuliers, et sur lesquelles le code pénal n'a point statué, « attendu que, dans ces matières toutes spéciales, l'amende est moins considérée comme une peine proprement dite que comme la réparation civile du dommage[1]. » Il en est encore ainsi lorsqu'il résulte implicitement de la loi spéciale qu'elle a voulu apporter une exception au principe prohibitif du cumul des peines : telles sont, par exemple, les lois des 3 septembre 1807 et 29 décembre 1850, relatives au délit d'habitude d'usure[2]; telle est encore la loi du 21 prairial an V, qui punit les atteintes à la libre circulation des grains[3].

La jurisprudence distingue, en second lieu, si l'amende est principale ou accessoire. Quelques arrêts, à la vérité, avaient admis « que les peines pécuniaires sont des peines distinctes personnelles, et qu'il ne résulte nullement de l'article 365 que, dans le cas de conviction de plusieurs délits, dont l'un n'emporte que la peine d'une amende, cette amende ne puisse être cumulée avec la peine d'emprisonnement encourue pour les autres délits[4]. » Mais cette doctrine ne saurait soutenir un examen sérieux toutes les fois que l'amende a le caractère d'une peine[5], et M. Legraverend, pour la justifier, a été entraîné à dénier ce caractère à toutes les amendes[6]. Revenant, en

[1] Cass. 16 février 1844, Bull. n° 49; 26 mars 1825, Bull. n° 58; 28 fév. 1845, Bull. n° 73; 11 oct. 1827, Bull. n° 264; 3 oct. 1835, Bull. n° 385.

[2] Cass. 9 juin 1854, Bull. n° 189.

[3] Cass. 29 mai 1847, Bull. n° 117.

[4] Cass. 15 juin 1821, J. P. 16, 673.

[5] De l'action publique, t. 2, p. 510.

[6] Législ. crim., t. 2, p. 611.

conséquence, sur cette première jurisprudence, la cour de cassation a déclaré « que la disposition de l'article 365 est générale ; qu'elle ne distingue point entre les peines de nature différente qui peuvent être prononcées conformément à la loi ; qu'ainsi elle les comprend toutes, les peines pécuniaires aussi bien que les peines corporelles[1]. » Cette règle a été appliquée aux amendes prononcées en matière de délits de presse[2] et en matière de délits de chasse[3]. Elle cesse si l'amende est prononcée accessoirement à une autre peine[4]. Mais que faut-il décider si, dans le concours de deux crimes, l'amende n'est attachée accessoirement qu'à la peine la moins forte ? Est-il permis, par exemple, de cumuler l'amende portée par l'art. 164 pour le crime de faux en écriture privée, avec la peine des travaux forcés prononcée pour vol ou banqueroute frauduleuse ? Il a été décidé que le cumul de la peine la plus forte avec l'amende, accessoire de la peine la moins forte, était prohibé par la loi[5] ; cependant, dans une espèce où la cour d'assises avait à la fois prononcé les travaux forcés, la reclusion et l'amende, l'arrêt, en cumulant cette double condamnation, a maintenu, par une anomalie singulière, la peine de l'amende[6].

La jurisprudence enfin, après avoir longtemps admis que l'art. 365 s'appliquait aux amendes prononcées en matière de contravention aussi bien qu'à celles prononcées pour crime et délit[7], a répudié cette règle et a restreint l'application de cet article aux matières criminelle et correctionnelle. Les principaux motifs de cette nouvelle

[1] Cass. 3 oct. 1835, Bull. nº 384.

[2] Même arrêt.

[3] Cass. 6 mars 1856, Bull nº 95.

[4] Cass. 21 janv. 1848, Bull. nº 22.

[5] Cass. 11 sept. 1823, J. P. 18, 158 ; 29 déc. 1826, *ibid.* 20 1076 ; 6 avril 1827, Bull. nº 72 ; 19 sept. 1828, Bull. nº 270 ; 3 juin 1830, Bull. nº 149.

[6] Cass. 17 mars 1853, Bull. nº 95.

[7] Cass. 23 mars 1837, Bull. nº 90 ; 22 fév. 1840, Bull. nº 64 ; 15 janv., 19 mars, 13 mai, 17 mai et 12 juin 1841, Bull. nºs 10, 71, 141, 155 et 176.

jurisprudence sont « que si, par l'article 365, le code d'instruction criminelle impose aux cours d'assises le devoir de n'appliquer que la peine la plus forte, c'est uniquement *en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits*, sans faire aucune mention du cas où la conviction porterait sur une réunion de plusieurs contraventions de police; qu'en ne désignant ainsi que deux des trois catégories des faits déclarés punissables, et en gardant le silence sur la troisième, il a suffisamment montré qu'il n'a pas compris cette dernière dans ses dispositions [1]. » Toutefois cette restriction ne s'étend point aux amendes qui sont prononcées pour contraventions correctionnelles, lorsque ces contraventions n'ont point été exceptées de l'application de l'article 365, soit par des dispositions particulières, soit par le caractère de réparation civile attaché aux amendes fiscales [2].]]

89. Une seconde règle est que l'amende doit être individuelle, c'est-à-dire infligée à chacun des auteurs du même fait. Il est évident, en effet, que, dans la perpétration d'un fait puni par la loi, il y a autant de contraventions qu'il y a de contrevenants; l'infraction n'est pas seulement dans le fait matériel, mais dans la violation de la défense de la loi. Et, d'ailleurs, si une amende unique était distribuée entre un grand nombre de délinquants, il se trouverait que la disposition répressive de la loi n'aurait plus d'effet, et que son vœu, qui a été d'infliger une certaine mesure de la peine à chaque personne convaincue du délit, ne serait pas rempli. Ce principe a reçu à diverses reprises la sanction de la jurisprudence [3].

Toutefois deux exceptions doivent y être établies. La première a lieu lorsque le législateur a mesuré le taux de l'amende à raison de la quotité du dommage causé. C'est ainsi que la cour de cassation a décidé que l'amende portée par l'article 144 du code forestier, pour l'enlèvement de certaines matières dans les forêts, devait être unique

[1] Cass. ch. réun., 7 juin 1842, Bull. nº 137; ch. crim. 15 mars 1845, Bull. nº 99; 22 mars 1851, Bull. nº 117; 22 juill. 1852, Bull. nº 241; 27 janv. 1853, Bull. nº 30; 3 mars 1854, Bull. nº 63.

[2] Cass. 26 juill. 1855, Bull. nº 262.

[3] Cass. 22 avr. 1813, 7 janv. et 21 oct. 1814, 18 oct. 1822, 7 déc. 1826.

pour chaque enlèvement, quel que fût le nombre des délinquants, parce que cette amende est calculée non à raison du nombre des personnes qui ont pris part à la contravention, mais à raison du mode d'enlèvement des matières[1].

La deuxième exception est celle où les prévenus qui ont commis le délit forment, réunis entre eux, une société collective, un être moral. Ainsi une société commerciale peut encourir une condamnation à l'amende par suite de la responsabilité du fait de l'un de ses agents; mais cette condamnation ne frappe que sur l'être collectif et non sur chacun des associés individuellement, lorsque la contravention est punissable d'une amende : le juge ne peut donc en prononcer qu'une, alors même que plusieurs associés ont été mis en cause individuellement[2].

90. Une troisième règle est écrite dans l'article 55 du code pénal : c'est la solidarité de l'amende entre tous les individus condamnés *pour un même crime ou pour un même délit*. La première conséquence de cette règle est que le lien de cette solidarité n'existe qu'autant que les prévenus ont été condamnés pour le *même fait*. Ainsi il ne suffit pas, pour que cette solidarité puisse être invoquée, que les prévenus aient été condamnés pour différents faits compris dans la même plainte ou dans le même acte d'accusation; il faut qu'ils aient concouru *au même délit*. Mais il n'est pas nécessaire qu'ils aient été condamnés *aux mêmes peines :* ainsi la cour de cassation a pu juger, d'après le texte de la loi, que deux prévenus condamnés, l'un à 200 fr., l'autre à 400 fr. d'amende, étaient tenus solidairement du payement de ces amendes, parce qu'ils avaient commis le délit ensemble, au même lieu, dans le même temps, envers les mêmes personnes, et que dès lors il existait entre eux une communion de fait et d'intention qui justifiait la solidarité[3]. [[Il en serait encore ainsi, lors même que l'une des amendes aurait été aggravée à raison de

[1] Cass. 24 avr 1828, Bull. off. n° 126.
[2] Cass. 6 août 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 210.
[3] Cass. 3 nov. 1827, Bull. off. n° 276.

l'état de récidive de l'un des prévenus [1]]. La cour de cassation a également jugé qu'il n'est pas nécessaire que le délit ait été commis par suite d'un concert réfléchi et prémédité entre les prévenus [2]. Cependant, dans ce cas, la complicité n'existe pas; ce sont des actes isolés qui ont concouru accidentellement à un même fait, et dès lors il est douteux que la loi ait voulu lier par une commune responsabilité des prévenus qui sont étrangers les uns aux autres.

La solidarité établie par l'article 55 est de plein droit, parce qu'elle tient au mode d'exécution; elle doit donc être appliquée aux prévenus, encore bien que le jugement ait omis d'en faire mention [3]; mais cette obligation accessoire ne peut être étendue au delà des termes précis de la loi [4]. Ainsi vainement voudrait-on l'invoquer dans les matières de police, car l'article 55 ne parle que des condamnés pour crimes ou pour délits. Différent en cela de la loi du 22 juillet 1791 (titre 2, article 42), le code pénal a gardé le silence à l'égard de la solidarité des amendes encourues pour contraventions, et les juges ne pourraient la suppléer. [[Elle suppose, en effet, la complicité des individus condamnés; or les caractères de la complicité, définis par les art. 59 et 60, ne s'appliquent qu'aux crimes et délits, et nullement aux contraventions de police; ces contraventions constituent des faits distincts et séparés qui n'admettent pas la solidarité de la peine [5].]] Ainsi encore, si plusieurs prévenus d'un même délit n'ont pas été condamnés *par un même jugement*, la solidarité ne pourrait leur être appliquée; car l'article 55 suppose évidemment une poursuite simultanée, et il serait impossible d'admettre que la condition d'un condamné pût être aggravée, après son jugement, par la condamnation postérieure de ses complices [6].

[1] Cass. 13 août 1853, Bull. n° 405.

[2] Cass. 2 mars 1814, Sir. 14-1-124; 28 août 1857, Bull. n° 325.

[3] Cass. 26 août 1813, J. P. 11, 670; 25 sept. 1856 et 10 oct. 1856, Bull. n°s 322 et 332.

[4] Art. 1202 du cod. civ.

[5] Cass. 26 déc. 1857, Bull. n° 415.

[6] *Voyez* Carnot, sur l'art 55, et Bourguignon, *ibid.*

91. Il nous reste une dernière règle à poser en cette matière : lorsque la loi a omis de fixer la quotité de l'amende, le juge ne doit appliquer qu'une amende de police. Cette règle, introduite par la jurisprudence de la cour de cassation, doit être adoptée; car les amendes arbitraires sont bannies de notre législation, et dès lors, dans le doute, il y a lieu de réduire l'amende indéterminée au taux de la plus faible des amendes, celles de simple police. Ce principe, qui repose sur l'interprétation toujours favorable que doivent recevoir les lois pénales, a été appliqué relativement à l'art. 35 de la loi du 19 ventôse an XI, qui punit l'exercice illicite de la médecine d'*une amende pécuniaire envers les hospices*. La cour de cassation a reconnu que cette amende illimitée ne pouvait être prononcée que dans les limites des amendes de simple police [1].

Ici s'arrêtent nos observations générales sur la peine de l'amende : nous examinerons les questions particulières qui se rattachent à quelques applications de cette peine dans notre code, en nous occupant des articles qui les renferment.

§ II.

De la confiscation spéciale.

92. La confiscation a été abolie par la charte de 1814 [2]. Mais la charte n'a entendu parler que de la confiscation générale de tous les biens : les confiscations d'objets particuliers, produits ou instruments du délit, ne sont point comprises dans cette abolition. Consacrée par la jurisprudence, cette distinction est aujourd'hui hors de contestation, puisque des lois nouvelles, postérieures à la charte, ont établi des confiscations partielles [3].

[1] Cass. 5 nov. 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 364; 28 août 1832, *ibid.*, p. 246.

[2] Art. 66 de la charte de 1814, 57 de la charte de 1830.

[3] Lois des 17 déc. 1814, art. 15; 28 avril 1816, art. 51; 15 avr. 1818, 25 avr. 1827, 15 avr. 1829, 4 mars 1831, 24 mai 1834, et 3 mai et 5 juill. 1844.

Cette espèce de confiscation devait naturellement prendre place parmi les condamnations pécuniaires, car elle se résout en une perte, en une privation plus ou moins grave d'une valeur quelconque. Mais, de même que l'amende, elle a le caractère d'une peine; l'article 11 du code pénal le lui imprime formellement; et ce caractère répressif doit être considéré comme une règle de solution dans les questions qui peuvent se présenter.

C'est en vertu de ce principe que la confiscation des objets saisis ne peut être prononcée que lorsqu'elle est autorisée par un texte formel de la loi. Ainsi la cour de cassation a annulé avec raison celle qu'un jugement avait prononcée de divers instruments qui avaient servi à commettre un délit de maraudage [1] : aucune disposition de la loi n'ordonnait cette confiscation. [[La même solution a été appliquée à la confiscation de gibier prononcée parce qu'il avait été vendu en dehors du marché [2].]]

C'est par suite du même principe qu'on doit décider que les juges ne peuvent convertir la confiscation de l'objet du délit en une confiscation de sa valeur; car cette confiscation est une peine particulière dont ils ne peuvent altérer la nature; elle se résume, à la vérité, en une perte pécuniaire, mais elle a pour but de frapper un objet déterminé, l'instrument ou le fruit du délit; et ce but ne serait point atteint, si l'inculpé était admis à en offrir le prix [3]. Toutefois, dans quelques matières spéciales, les tribunaux ont la faculté, lorsque l'objet du délit ne peut être représenté, de condamner le prévenu au payement de sa valeur présumée : on trouve un exemple de cette disposition exceptionnelle dans l'article 45 du code forestier.

Enfin c'est encore par application de la même règle qu'un prévenu, renvoyé des fins de la plainte, ne peut à la fois être condamné à la confiscation des objets saisis; car il implique contradiction qu'un pré-

[1] Cass. 21 avr. 1826, Bull. off. nº 80, et 18 mai 1844, Journ. du dr. crim., art. 2584.

[2] Cass. 10 fév. 1854, Bull. nº 32.

[3] Cass. 23 mai 1823, Bull. off. nº 70.

venu soit acquitté et frappé en même temps d'une peine : la confiscation ne peut être prononcée qu'à la suite d'une déclaration de culpabilité [1]. Toutefois ici encore nous rencontrons dans les lois spéciales une exception à notre principe : l'article 23 du titre 10 de la loi du 22 août 1791 prononce la confiscation des marchandises prohibées à l'entrée, dans le cas même où la nullité du procès-verbal ne permet pas de constater le délit. L'article 109 de la loi du 19 brumaire an VI, sur la garantie des matières d'or et d'argent, prononce également, dans tous les cas, la confiscation des ouvrages marqués de faux poinçons.

[[Il a été cependant décidé que la prohibition du cumul des peines ne s'étend pas à la confiscation spéciale, parce qu'elle constitue une mesure de police préventive plutôt qu'une peine proprement dite [2]. Ce motif est contraire à toute la jurisprudence : un autre arrêt semble avoir motivé avec plus de raison la même solution en disant simplement « que l'art. 365 ne s'applique point à une peine spéciale établie dans un intérêt d'ordre public, et ne peut empêcher qu'elle soit prescrite [3].]]

93. D'après les termes de l'article 11 du code pénal, « la confiscation spéciale, soit du corps du délit, quand la propriété en appartient au condamné, soit des choses produites par le délit, soit de celles qui ont servi ou qui ont été destinées à le commettre, est une peine commune aux *matières criminelle et correctionnelle.* » Or ces termes donnent lieu à deux observations. La première, c'est que la restriction qui semble résulter de cet article, à l'égard des matières de simple police, n'est pas exacte, puisque les articles 464 et 470 ont étendu à ces matières la confiscation spéciale. La deuxième a pour objet de faire remarquer que ces mots limitatifs: *quand la propriété en appartient au condamné,* ne se réfèrent qu'au corps du délit; d'où il suit que les tribunaux pourraient prononcer la con-

[1] Cass. 15 mars 1828, Bull. off. n° 78; 1 avr. 1854, Bull. n° 96.
[2] Cass. 6 mars 1856, Bull. n° 95.
[3] Cass 13 mars 1856, Bull. n° 104.

fiscation des objets qui sont le produit ou qui ont été les instruments de ce délit, alors même qu'ils n'appartiendraient pas au condamné [1]. [[La confiscation peut-elle s'étendre aux objets achetés avec le prix des objets volés? La négative a été décidée, « attendu que la confiscation ne peut être prononcée qu'à titre de peine et qu'autant que la loi l'ordonne par une disposition spéciale et expresse; que le code pénal, dans aucun de ses articles, n'applique la confiscation aux objets provenant d'un vol ou achetés avec le produit de ce vol [2].]]

Nous nous arrêtons à ces règles générales: les diverses applications de cette peine faites par le code seront examinées avec les dispositions qui les prononcent. Quant aux applications plus nombreuses que les matières fiscales en ont faites, nous ne pourrions nous en occuper sans sortir des limites de notre livre.

§ III.

Des restitutions civiles et dommages-intérêts.

94. Lorsqu'un délit a été commis, l'application d'une peine ne suffit pas toujours pour réparer le mal qu'il a causé: ce délit a blessé la conscience publique que la peine a pour mission de rassurer; mais il a pu léser en même temps des intérêts privés, et le préjudice causé doit être réparé: c'est l'application exacte du principe d'éternelle justice qu'ont recueilli les articles 1382 et 1383 du code civil; l'article 10 du code pénal en fait la réserve expresse.

Cet article proclame en effet que « la condamnation aux peines établies par la loi est toujours prononcée sans préjudice des restitutions et dommages-intérêts qui peuvent être dus aux parties. » Ainsi la loi conserve aux personnes qu'un délit a lésées le droit d'obtenir la réparation de ce dommage.

[1] *Voyez* en ce sens Douai, 13 déc. 1833, Journ du dr. crim., t. 6, p. 348; cass. 26 mars 1835, Bull. n° 110.

[2] Cass. 12 juin 1856, Bull. n° 212.

95. On ne doit pas confondre les restitutions et les dommages-intérêts [1]. Les premières ont pour objet les choses mêmes dont le plaignant a été dépouillé ; les autres sont la réparation du préjudice qu'il a souffert. Les demandes formées par ce plaignant pour atteindre ce double but sont donc indépendantes l'une de l'autre ; elles peuvent être exercées soit isolément, soit simultanément : la loi les distingue sans cesse dans ses textes (articles 10, 51 et 172 code pénal, et 366 code d'instruction criminelle). Ainsi ce ne serait point une fin de non-recevoir absolue, pour la partie qui demande la restitution des choses qui lui ont été volées, que d'avoir déjà obtenu des dommages-intérêts pour ce même vol; car ce délit peut avoir entraîné des dommages autres que la valeur des objets volés.

Dans la plupart des cas, ces objets ont au procès le caractère de *pièces de conviction*. Leur restitution ne peut alors être ordonnée qu'à la fin de ce procès ; cependant, au cas de contumace de l'un des accusés, l'article 474 du code d'instruction criminelle permet à la cour d'assises d'en faire la remise aux propriétaires, mais à charge de les représenter, s'il y a lieu. Cette remise ne peut être faite par simple ordonnance du président ; l'article 336 du même code a réservé ce droit à la cour d'assises [2]. Ainsi, lorsque cette cour a omis de l'ordonner par l'arrêt qui a statué sur l'accusation, il est indispensable qu'un nouvel arrêt intervienne sur la requête de la partie pour vider cet incident.

La rédaction un peu confuse de l'ancien article 51 du code pénal avait fait naître quelques difficultés ; la révision de 1832 les a fait disparaître [3]. Une première modification a eu pour objet d'effacer le

[1] Les anciens auteurs distinguent les dommages-intérêts et les réparations civiles : les uns sont la réparation d'un préjudice pécuniaire, les autres d'un tort matériel ou moral causé par un délit. *Voy.* Jousse, t. 1, p. 128.

[2] Cass. 1 juillet 1820, Bull. n° 96.

[3] *Ancien article.* « Quand il y aura lieu à restitution, le coupable sera condamné, en outre, envers la partie, à des indemnités dont la détermination est laissée à la justice de la cour ou du tribunal, lorsque la loi ne les aura pas réglées, sans qu'elles puissent jamais être au-dessous du quart des

minimum des indemnités dues à la partie lésée. Telle avait été même la seule pensée du projet de loi, dont l'article 11 portait : « Quand il y aura lieu à restitution, la cour ou le tribunal appréciera s'il est dû une indemnité, et en déterminera la quotité, sans avoir égard au *minimum* fixé par l'article 51 du code pénal. » La loi a rempli cet objet en se bornant à retrancher de cet article ces mots : *sans qu'elles* (les indemnités) *puissent jamais être au-dessous du quart des restitutions.*

Une autre modification non moins importante fut proposée par la commission de la chambre des députés. Il résultait du texte de l'article 51 que, toutes les fois qu'il y avait lieu à restitution, le coupable devait être condamné à des indemnités. Cette condamnation, qui pouvait paraître alors nécessaire, est devenue facultative, d'après l'amendement portant : « Le coupable *pourra* être condamné envers la partie lésée, *si elle le requiert.* »

Au surplus, cette interprétation avait déjà été admise par le conseil d'État, dans les discussions préparatoires du code. En effet, M. Merlin ayant remarqué que cet article semblait restreindre les dommages-intérêts au cas où il y a restitution, M. Treilhard répondit que la section dont il était le commissaire n'avait pas entendu, en le rédigeant, affaiblir le principe d'après lequel les dommages-intérêts sont dus à toute personne lésée par un crime, « Si, ajouta-t-il, elle a parlé plus particulièrement de la restitution, c'est qu'elle a craint que les juges ne crussent que la réparation devait se borner là, et qu'il ne leur était pas permis d'adjuger d'autres indemnités. La dernière disposition de l'article s'applique donc à tous les cas où il y a

restitutions, et sans que la cour ou le tribunal puisse, du consentement même de la partie, en prononcer l'application à une cause quelconque. »

Nouvelle rédaction. « Quand il y aura lieu à restitution, le coupable *pourra être* condamné, en outre, envers la partie *lésée, si elle le requiert,* à des indemnités dont la détermination est laissée à la justice de la cour ou du tribunal, lorsque la loi ne les aura pas réglées, sans que la cour ou le tribunal puisse, du consentement même de ladite partie, en prononcer l'application à une œuvre quelconque. »

lieu à des dommages-intérêts ; elle a pour objet de détruire cette fausse délicatesse qui, en faisant toujours renoncer à l'indemnité, en privait ceux auxquels l'état de leur fortune la rendait nécessaire[1]. »

Ces observations révèlent complétement l'esprit du législateur de 1810 ; la rédaction de l'article 51 avait un double but : d'avertir le juge que les restitutions n'étaient pas un obstacle aux dommages-intérêts, et d'abolir l'ancien usage d'appliquer aux pauvres ou aux hospices les indemnités allouées. Cette dernière règle ne pouvait offrir aucune difficulté dans l'application, et la jurisprudence s'est bornée à la sanctionner plusieurs fois[2].

96. Mais la fixation des dommages-intérêts n'était pas aussi facile : cette condamnation, quoique essentiellement civile, pèse souvent d'un poids plus accablant sur la tête du condamné que la peine elle-même. La loi, en attribuant à la juridiction criminelle le droit de régler les dommages-intérêts des parties, devait peut-être, comme elle l'a fait dans quelques cas exceptionnels (articles 117 et 254 C. pén.), tracer des limites à cette attribution. L'ancien article 51, déterminant le taux du *minimum* de ces indemnités, laissait apercevoir, quoique assez confusément, quel devait être leur *maximum*. Le législateur de 1832 a effacé cette dernière borne ; *il en a laissé la détermination à la justice de la cour ou du tribunal*. Ainsi le pouvoir des juges demeure en général illimité dans la distribution des réparations civiles ; l'appréciation des dommages éprouvés et de la compensation qu'ils peuvent obtenir leur appartient souverainement ; c'est à eux de peser les considérations sociales, la condition et la fortune des parties, la gravité de la faute commise et du préjudice éprouvé : la loi les érige en arbitres, et elle s'en rapporte à leurs lumières et à leur conscience.

Toutefois il est, dans cette matière elle-même, quelques principes qui dérivent de la nature même des choses, et que le juge, quelque

[1] Procès-verbaux du conseil d'Etat, séance du 25 juill. 1809 ; Locré, t. 29, p. 168.

[2] Cass. 7 déc. 1821, 25 fév. 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 175.

illimitée que soit sa puissance, ne pourrait méconnaître. Toute espèce de préjudice ne donne pas indistinctement lieu à des dommages-intérêts; il faut que ce préjudice soit la conséqueuce directe et immédiate du délit, qu'il soit actuel, enfin qu'il dérive du fait même de la prévention. Il est important de développer cette règle.

M. Merlin l'a formulée dans les termes suivants : « Pour être admis à rendre plainte, il faut avoir à la fois un *intérêt direct* et un *droit formé* de constater le délit lorsqu'il existe, et d'en poursuivre la réparation contre le délinquant[1]. » M. Legraverend adopte cette définition, et la justifie : « Un *intérêt direct*, dit-il, parce que c'est là le caractère distinctif de la plainte, et qu'on ne peut se porter accusateur à raison d'un crime ou d'un délit, si l'on n'a à sa punition qu'un intérêt éloigné et indirect; un *droit formé*, parce qu'il ne suffit pas que le délit ou le crime puisse un jour vous être nuisible, pour que vous soyez admis à rendre plainte : il faut encore que le préjudice soit réel, actuel, et que dès ce moment vous en ressentiez les effets[2]. » Ce principe, quoiqu'il n'ait point été posé par le code d'instruction criminelle avec autant de précision que par celui des délits et des peines, se trouve toutefois implicitement consacré par ses articles 1 et 63, qui ne reconnaissent qu'à ceux qui ont souffert d'un dommage causé par un crime ou un délit, qu'à ceux qui en ont été lésés, le droit d'en rendre plainte et d'en demander la réparation[3].

Quelques exemples le feront mieux saisir. Un crime ayant été commis, des poursuites furent mal à propos dirigées contre une personne qui n'en était pas l'auteur; plus tard, le vrai coupable ayant été traduit devant les assises, le premier prévenu se porta partie civile, et forma une demande en dommages-intérêts; cette prétention était-elle fondée? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Le dommage que le plaignant avait éprouvé ne provenait point directement du crime lui-même; il n'en était point le résultat. La per-

[1] Quest. de droit, v° Question d'État, § 1.

[2] Législ. crim., t. 1, p. 195.

[3] *Voy.*, pour le développement de cette règle, Traité de l'instr. crim., t. 2, p. 342 et suiv.

pétration de ce crime ne lui avait causé aucun préjudice. Ce préjudice était né des poursuites légèrement dirigées contre lui; c'est le fait de ces poursuites, le fait du ministère public qui avait troublé son existence : or ce fait n'était-il pas indépendant de la volonté de l'accusé? pouvait-il en être responsable? Le plaignant rentrait dans la classe de tous les prévenus qui sont trouvés innocents, et auxquels il serait juste, peut-être, d'accorder une indemnité; mais cette indemnité ne peut être mise à la charge des condamnés, qui ne doivent supporter que les conséquences directes de leur crime. Nous ne pouvons donc partager la doctrine de la cour de cassation, qui, dans cette espèce, a reconnu au plaignant le droit de se constituer partie civile [1].

Toutefois il est évident que ce serait mal saisir la règle que nous avons posée, que d'exiger que l'*intérêt* qui fait la base de l'action civile fût toujours *matériel* et *appréciable*. Un homme peut être blessé dans ses affections comme dans sa fortune, dans sa réputation comme dans ses propriétés. Son action est légitime dès que le préjudice qu'il a souffert est incontestable; et, si les dommages-intérêts qu'il réclame ne peuvent être le prix d'un mal, quelquefois inappréciable, ils deviennent au moins une sorte de compensation de ses souffrances, et une peine infligée au coupable.

On conçoit que cette action ne doit point alors être admise avec trop de facilité; car le concours d'une partie civile aux débats aggrave la position de l'accusé, qui se trouve en face de deux adversaires, et qui doit lutter non-seulement contre l'impartiale sévérité du ministère public, mais contre les attaques avides et passionnées d'un accusateur privé. C'est cette grave considération qui doit écarter des débats toute partie qui n'allègue pas un dommage incontestable, résultat immédiat du crime. Nous devons ajouter que l'application de ce principe est complétement abandonnée à la sagesse et aux lumières des cours d'assises et des tribunaux correctionnels. La cour de cassation persiste à juger, en effet, qu'il appartient souveraine-

[1] Cass. 17 juill. 1832, Journ. du dr. crim., art. 910.

ment à ces juridictions d'apprécier si une partie civile a intérêt ou non à intervenir, et que le défaut de cet intérêt ne vicie pas la procédure criminelle à laquelle elle a concouru [1].

Le préjudice doit prendre sa source dans un *délit*, pour que la juridiction criminelle puisse l'apprécier. C'est par ce motif que la jurisprudence a successivement reconnu que le refus d'un créancier de donner quittance d'une somme qu'il a reçue, que le fait de retenir les présents de noces après la rupture d'un projet de mariage, enfin que le détournement momentané d'une somme confiée à un mandataire, lorsque ce mandataire n'a pas été mis en demeure de la restituer, ne peuvent motiver l'action civile devant les tribunaux de répression, parce que ces faits ne constituent en eux-mêmes aucun délit [2].

De là on peut induire, comme un corollaire, que si le fait d'où dérive le dommage est différent de celui qui constitue le délit, l'action civile ne peut concourir avec l'action publique. Nous citerons un exemple remarquable de cette maxime. L'habitude d'usure, que la loi a rangée parmi les délits, est un fait moral et complexe qui ne peut résulter que de l'ensemble de plusieurs faits particuliers. Or ces faits particuliers, éléments du délit, n'en ont point eux-mêmes le caractère lorsqu'ils sont considérés isolément. Les tribunaux correctionnels, qui ne peuvent connaître des réparations civiles que lorsqu'ils y statuent accessoirement à un délit, sont donc sans attribution pour prononcer sur la réparation civile à laquelle un de ces faits particuliers peut donner lieu ; et, comme ce n'est cependant que par des faits particuliers qu'il peut y avoir eu dommage ou préjudice, il faut conclure que la partie lésée ne peut, dans tous les cas, porter son action que devant les tribunaux civils [3].

De ce principe on serait encore amené, par une déduction rigou-

[1] Cass. 4 mars 1830 et 19 juill. 1832. Journal du droit criminel, art. 887 et 910.

[2] Cass. 7 therm. an VIII ; 17 juill. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 263 ; 30 janv. 1829, *ibid.*, p. 223 ; 29 août 1806, J. P. 5, 482.

[3] Cass. 3 fév. 1809, Bull. n° 23.

reuse, à établir que, lorsque sur une poursuite criminelle le prévenu est déclaré non coupable, ou que le fait est dépouillé de toute sa criminalité, la juridiction criminelle ne doit plus s'ouvrir aux réclamations de la partie civile; car l'exercice de l'action civile devant cette juridiction est essentiellement subordonné à l'exercice de l'action publique; l'intérêt de l'ordre social est son objet principal, les intérêts privés ne sont pour elle qu'un objet accidentel et accessoire. Dès lors, si la poursuite s'évanouit, l'action civile qui s'appuyait sur elle, devenue principale, doit retourner à ses juges naturels. Cette conséquence est tellement exacte, que, dans la discussion du projet de code d'instruction criminelle, elle fut l'objet d'une proposition de M. Berlier, qui fit observer que la demande en dommages-intérêts devait nécessairement, après l'acquittement prononcé, être la matière d'une instance nouvelle devant les tribunaux civils. Mais cet amendement fut repoussé d'après l'observation de MM. Cambacérès et Treilhard [1], « que, les juges criminels ayant sous les yeux l'affaire tout entière, il était plus simple de la leur laisser juger en entier que d'en renvoyer une partie devant un tribunal civil. »

Le droit d'obtenir ces réparations ne se puise plus alors dans un délit, mais dans une faute, dans un quasi-délit commis par l'accusé. Il faut donc qu'on puisse, même après l'acquittement, lui imputer cette faute, pour qu'il ait à supporter la condamnation. Ainsi la défense de soi-même, autorisée par la loi positive comme par la loi naturelle, exclut tout crime et délit; elle exclut également toute faute. Il ne peut donc en résulter une action en dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression, à moins que les bornes de cette défense n'aient été excédées, et, dans ce cas, ils seraient dus seulement *pro ratione excessûs* [2].

Enfin le droit d'accorder les réparations civiles est, dans tous les

[1] Procès-verbaux du conseil d'État; Locré, tom. 24, pag. 336, et 25, pag. 574.

[2] Jousse, t. 1, p. 128; Merlin, v° *réparation civile;* Carnot, sur l'article 358 du cod. d'inst. crim.; cass. 19 déc. 1817.

cas, restreint à celles qui peuvent être dues à raison du fait de l'accusation. La cour de cassation a posé elle-même cette barrière, en déclarant que : « ce droit qui constitue une attribution dérogatoire au droit commun, d'après lequel les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les intérêts civils, ne peut être étendu *à d'autres faits* [1]. » Ainsi aucune indemnité ne pourrait être allouée à la partie plaignante à raison d'un fait qui n'aurait pas été compris dans la plainte ou dans l'acte d'accusation, quel que fût le dommage qu'elle eût éprouvé de ce fait.

Nous n'avons point le dessein de pénétrer plus avant dans cette matière, que la jurisprudence a trop souvent embarrassée par des solutions inconciliables ; elle n'appartient point à cet ouvrage [2]. Il nous a suffi d'indiquer les éléments principaux de la peine accessoire des dommages-intérêts, quel caractère doit offrir le préjudice causé pour en motiver l'application, à quelles limites, enfin, le juge doit arrêter les prétentions souvent irréfléchies des parties lésées. Nous aurons fréquemment, dans le cours de ce livre, l'occasion d'appliquer ces règles.

§ IV.

De la condamnation aux frais.

97. Les articles 52 et 53 du code pénal, en établissant la solidarité des frais entre les condamnés et le mode de leur recouvrement, ont supposé, comme un principe préexistant, que les individus déclarés coupables d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, doivent supporter les frais auxquels la poursuite a donné lieu : ce principe se trouvait, en effet, écrit dans les articles 162, 194 et 368 du code d'instruction criminelle. Nous allons examiner les règles qui dominent et régissent cette condamnation.

[1] Cass. 4 nov. 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 258.

[2] Cette matière est traitée avec tous les développements qu'elle comporte dans le Traité de l'instruction criminelle, t. 2, p. 307 et suiv.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1670, les accusés n'étaient point condamnés aux frais (tit. 25, art. 17). Lorsque la poursuite était dirigée d'office et à la requête du ministère public, les frais en étaient supportés soit par le roi dans ses domaines, soit par les seigneurs dans leurs justices. Mais les amendes et les confiscations étaient destinées à couvrir ces déboursés. La preuve des faits justificatifs restait d'ailleurs, dans tous les cas, à la charge de l'accusé, quand il n'était pas insolvable.

Cette règle générale recevait une exception dans le cas où il y avait partie civile au procès; cette partie était tenue de supporter tous les frais, à l'exception de ceux de nourriture des détenus, et même d'en faire l'avance; quel que fût l'événement du procès, elle n'avait de recours que contre le condamné [1].

L'assemblée constituante maintint le principe de l'ordonnance de 1670 : l'article 1er de la loi du 27 septembre 1790 mit à la charge du trésor public les frais des poursuites criminelles faites à la requête des procureurs du roi ou d'office; et ce principe, d'abord temporaire, puis confirmé par la loi du 20 nivôse an V et par l'arrêté du gouvernement du 6 messidor an VI, continua d'être en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi du 18 germinal an VII.

Cette dernière loi introduisit dans la législation une règle nouvelle et qu'elle a conservée; elle déclara que tout jugement portant condamnation à une peine quelconque prononcerait en même temps contre le condamné, au profit de l'État, le remboursement des frais de la procédure. M. de Dalmas [2] a rappelé, dans son Traité des frais de justice, les vives contradictions que cette loi éprouva au conseil des Anciens : M. de Malleville, rapporteur de la commission, en proposa le rejet. Le désir de soulager le trésor d'une charge pesante fut le principal motif de son adoption; et ce même motif amena la loi du 5 pluviôse an XIII, qui reprit à l'ancien droit la disposition qui étendait aux parties civiles la responsabilité des frais.

[1] Jousse, t. 2, p. 303 et 838; Bacquet, Traité des Droits de justice, ch. 7, nº 23; Rousseaud de la Combe, p. 226 et 243.

[2] Des frais de justice en matière criminelle, Introd. 22.

Ces deux règles ont été consacrées par nos codes. Aux termes des articles 162, 176, 194, 211 et 368 du code d'instruction criminelle, tout jugement de condamnation doit assujettir le condamné au remboursement des frais ; et la partie civile, lorsqu'elle succombe dans sa poursuite, doit supporter la même peine.

98. Avant d'arriver à l'interprétation que ces dispositions ont reçue des tribunaux, arrêtons-nous un moment à examiner la raison qui les a dictées.

Le principe qui met les frais des poursuites à la charge des condamnés a été contesté par des esprits très-judicieux. Ils regardent que la justice est une dette de l'État, et que c'est à l'État à en payer les frais; telle est la pensée qui s'était manifestée dans la loi du 27 septembre 1790. Et puis les coupables sont déjà frappés d'une peine que la loi a proportionnée à la gravité du délit; est-il juste de leur faire supporter une peine additionnelle, qui détruit l'harmonie de la première punition, et qui, variable à l'infini, suivant les divers besoins de la procédure, échappe à la fixation du juge, et tombe accablante ou légère sur des prévenus dont la culpabilité est la même? Enfin, les frais d'une information judiciaire ne sont point, comme les dommages-intérêts, la conséquence immédiate et directe du fait de l'accusé; ils prennent leur source, non dans le délit, mais dans la poursuite, dans l'action exercée par la société pour la répression : l'accusé doit-il supporter la conséquence des formes plus ou moins onéreuses, plus ou moins prolongées de cette action?

Ces considérations, quelque spécieuses qu'elles soient, ne nous paraissent point suffisantes pour rejeter, en principe, une telle condamnation. En effet, commettre un délit, c'est contracter avec la société, c'est s'imposer l'obligation de la réparation exigée par la loi; car toute transgression des lois entraîne l'obligation d'une réparation; c'est là la sanction, la condition même de l'ordre social : or cette réparation ne consiste pas seulement dans une application publique et solennelle de la peine; elle ne serait pas complète si elle ne comprenait pas toutes les suites du délit. Ainsi les dommages-intérêts sont la compensation du mal privé qu'il a causé; ainsi le rembourse-

ment des frais est la réparation du dommage produit par les poursuites. Or ces poursuites ne sont point un fait étranger au prévenu et dont il ne doive pas répondre, car elles sont la conséquence sociale du fait qu'il a commis, l'exécution du contrat qu'il a implicitement consenti; il doit donc en supporter les frais, s'il succombe dans ces poursuites. On objecte que la justice est une dette de l'État; mais ne faut-il pas faire ici une distinction? L'État supporte et doit supporter toutes les dépenses qui tiennent à l'institution générale des tribunaux. Mais celles qui n'ont pour but que d'arriver à la vérification d'un fait, telles que les indemnités attribuées aux témoins ou aux experts, peuvent sans injustice peser sur son auteur, car elles se rattachent immédiatement à ce fait, elles y ont puisé leur source, elles n'ont existé que par suite de sa perpétration, elles constituent un véritable dommage civil que le coupable doit réparer. Et puis il faut que ces frais tombent, en définitive, à la charge de l'accusé ou de la société; or, pourquoi en exonérer l'un qui est coupable de la faute qui les a nécessités, pour les faire peser sur tous les membres de la société, qui n'ont pris aucune part à cette faute?

Mais de là même il résulte que cette responsabilité doit être circonscrite dans certaines limites : toutes les dépenses qui cessent d'être la conséquence immédiate et nécessaire du fait poursuivi, qui ne sont pas indispensables à la vérification de ce fait, ne pourraient avec justice être mises à la charge du condamné. Cette conséquence est trop évidente pour qu'on doive s'y arrêter. C'est ainsi que les frais frustratoires, tels que les assignations de témoins inutiles, les expertises dont la nécessité n'est pas rigoureusement démontrée, ne devraient pas être recouvrés sur l'accusé qui a succombé, parce que ces frais ne sont pas la conséquence nécessaire du fait qu'il a commis. C'est ainsi encore qu'il est trop rigoureux de lui faire supporter les frais d'une double procédure, lorsque la première n'a dû son annulation qu'à l'omission ou à la violation d'une forme, et que cette violation est le fait des juges et non de cet accusé.

Au reste, si la société se reconnaît le droit de demander une indemnité pour les frais des poursuites à celui de ses membres qui a

donné lieu à ces poursuites par son délit, elle doit reconnaître à l'accusé dont l'innocence est proclamée le droit non moins évident d'en exiger une lui-même. Et quelle dette plus légitime que celle d'une indemnité pour cet homme que la société a humilié sous une accusation fausse, qu'elle a fait asseoir sur le banc des criminels, qu'elle a flétri de ses soupçons, qu'elle a arraché à ses affaires, à sa profession, à sa famille, pour lui donner des fers! Quelle réparation plus sacrée que celle d'une si terrible injustice! Qui oserait dire que cette réputation polluée par le seul souffle de l'accusation, que ces inquiétudes, ces soucis dévorants qu'elle entraîne avec elle, ne réclament aucun dédommagement? Nous ne prétendons point assurément que tout acquittement dût être suivi d'une indemnité; les juges, investis à cet égard d'un bienfaisant pouvoir, devraient en circonscrire l'exercice au cas où l'accusation aurait été injustement intentée, où elle aurait fait éprouver un préjudice quelconque à l'accusé, car cette poursuite serait alors le fait de la société et non de l'accusé, et il serait juste qu'elle supportât comme celui-ci la responsabilité du dommage qu'elle aurait causé. Cependant le législateur, sans nier la sainteté de cette dette, n'aura longtemps encore qu'un regard d'indifférence pour les nombreux accusés qui viennent annuellement sur le banc des coupables, entendre, après de longs jours d'angoisses, un verdict d'acquittement; car cette réparation serait une charge, modique à la vérité, mais nouvelle, à ajouter à la charge déjà si lourde des frais de justice.

La condition des parties civiles a également été trouvée trop onéreuse par quelques publicistes; ils ont vu dans la condamnation aux frais qu'elles peuvent encourir, une entrave au droit de plainte que la loi ouvre à toutes les personnes lésées par un crime ou un délit. Cependant, si la partie civile ne doit supporter le fardeau des frais de la procédure que lorsqu'elle a succombé dans la poursuite qu'elle avait exercée, nous ne trouvons dans cette responsabilité aucune injustice réelle. C'est la stricte application de cette règle du droit qui met les dépens à la charge de la partie qui perd son procès. Et peut-être, d'ailleurs, est-il salutaire d'imposer un frein à des

poursuites légères, à des imputations inconsidérées, de faire supporter une sorte de peine à l'accusateur privé dont la plainte, quoique pure d'intention calomnieuse, est néanmoins dénuée de fondement. Mais il est évident que cette condamnation dépasserait les limites du juste, si la partie civile était reconnue fondée dans sa plainte; car de quoi la punirait-on? est-ce d'une poursuite légitime? est-ce du préjudice qu'elle a souffert?

99. Reportons-nous maintenant aux dispositions de la loi.

Nous avons vu que les articles 162, 194 et 368 du code d'instruction criminelle ont établi comme droit commun que le prévenu, l'accusé et la partie civile qui succombent doivent être condamnés aux frais. Il faut en inférer, comme une conséquence naturelle, que les frais cessent d'être à la charge des prévenus, des accusés ou des parties civiles, *lorsqu'ils n'ont pas succombé* dans la poursuite qu'ils ont exercée ou dont ils ont été l'objet. Cependant cette conséquence n'est admise par la jurisprudence qu'avec de certaines restrictions, surtout à l'égard des parties civiles.

Le décret impérial du 18 juin 1811, portant règlement sur les frais de justice, avait méconnu les textes du code, en disposant, dans son article 157, que les parties civiles, *soit qu'elles succombent ou non*, seraient personnellement tenues des frais; et c'est pour maintenir une responsabilité aussi exorbitante qu'illégale, que la cour de cassation dut déclarer que ce décret avait *force de loi* [1]. Mais, en admettant cette force législative d'un simple décret, il faut admettre en même temps que la nouvelle promulgation du code d'instruction criminelle a dû avoir à son tour pour effet nécessaire d'annihiler l'article 157 du décret comme étant contraire à ses dispositions. Toutefois cette abrogation implicite a été contestée.

On s'est fondé sur les deux paragraphes que la loi du 28 avril 1832 a ajoutés à l'article 368. En effet, cet article ne contenait que cette seule règle : « L'accusé ou la partie civile qui succom-

[1] Cass. 13 mai 1813, 27 mai 1819, 7 juill. 1820, 29 janv., 31 juill. et 12 nov. 1829, etc.

bera sera condamné aux frais envers l'État et envers l'autre partie. » Et le législateur l'a fait suivre de cette double disposition : « Dans les affaires soumises au jury, la partie civile qui n'aura pas succombé ne sera jamais tenue des frais. Dans le cas où elle en aura consigné, en exécution du décret du 18 juin 1811, ils lui seront restitués. » Or on a inféré de ces mots : *dans les affaires soumises au jury*, que la loi a voulu laisser subsister la responsabilité des frais sur la partie civile *qui ne succombe pas* dans les affaires qui ne sont pas soumises au jury; et de ceux-ci : *en exécution du décret du 18 juin 1811*, que son intention a été de prêter force et vie aux dispositions de ce décret réputées illégales.

100. On doit remarquer d'abord que l'article 157 du décret n'est pas seulement contraire à l'article 368, mais qu'il contrarie également les articles 162 et 194, relatifs aux matières correctionnelles et de police. L'illégalité qui frappait cette disposition vis-à-vis de l'article 368 l'atteint aussi à l'égard des autres. Dans les matières correctionnelles et de police, pas plus que dans les matières criminelles, la partie civile ne peut être condamnée aux frais quand elle ne succombe pas; le même principe domine toutes les juridictions; le code en fait la règle de toutes les procédures.

On se réfugie dans les termes du deuxième paragraphe de l'article 368, qui dispense la partie civile de la responsabilité des frais, lorsque dans les affaires soumises au jury elle n'a pas succombé. Mais quel est l'effet de cette disposition? C'est uniquement de déduire du premier paragraphe sa conséquence nécessaire, conséquence d'ailleurs évidente et qu'on eût pu même se dispenser d'exprimer. Peut-on voir dans ces expressions quelques restrictions à l'égard des affaires correctionnelles ou de police? Cette restriction a-t-elle été exprimée quelque part? La trouve-t-on dans les motifs de la loi, dans les discussions des chambres?

Le texte et les discussions sont également muets. Les deux nouveaux paragraphes de l'article 368 ont été introduits par la commission de la chambre des pairs, dans le dessein hautement proclamé de réformer l'article 157 du décret : « On a demandé, disait M. de

Bastard, que *dans tous les cas* où une partie civile n'a pas succombé, elle ne pût jamais être passible des frais qu'elle aurait avancés; car vous savez que toute partie civile est obligée d'avancer les frais, lorsque c'est à sa requête que l'on poursuit un individu qu'elle prétend avoir commis un crime à son préjudice. Si la partie civile gagne son procès, c'est à-dire si l'individu accusé de crime est condamné, cet individu, s'il est solvable, paye tous les frais. Mais il avait été établi par la jurisprudence que la partie civile était tenue de payer ces frais à l'État, si la partie condamnée n'était pas solvable. C'est cet état de choses qu'on a proposé de changer : on a demandé que *jamais* la partie civile qui n'a pas succombé ne fût tenue des frais. Il a fallu de plus régler quelque chose sur les frais avancés par la partie civile, et, par une disposition spéciale, il a été dit que les frais lui seraient restitués [1]. »

Ainsi le législateur part d'une règle générale : il veut l'appliquer à tous les cas; c'est une jurisprudence illégale qu'il abolit; il rétablit le droit commun. Or quel est ce droit commun? C'est la dispense des frais pour tous les cas où la partie n'a pas succombé. Pour soustraire les parties civiles, en matières correctionnelles et de police, au bienfait de ce droit commun, il eût fallu une disposition formelle, une exception positive, et on ne la trouve nulle part.

Il faudrait admettre que l'article 157 du décret continuerait à frapper d'impuissance les articles 162 et 194 du code d'instruction criminelle, tandis qu'il est lui-même annulé par l'article 368; abrogé pour les matières soumises au jury, il serait en vigueur encore pour les matières correctionnelles et de police. Mais le législateur n'a laissé nulle trace d'une telle distinction ; nulle part il n'a réservé cette moitié d'un article abrogé. En supposant (ce que nous sommes loin d'admettre) que cet article ait joui d'une force légale avant la nouvelle promulgation du code d'instruction criminelle, le législateur la lui a enlevée, en promulguant l'article 162 qui ne permet de condamner aux frais, en matière de police, que la partie qui succombe ;

[1] Code pénal progressif, p. 51.

en promulguant l'article 194 qui répète la même règle dans les matières correctionnelles. Il avait donc déjà cessé d'exister en ces matières, quand l'article 368 a étendu cette abrogation aux matières criminelles.

Faut-il voir dans le 3e § de cet article une sanction donnée à toutes les dispositions du décret auxquelles ce même article ne déroge pas? Ce paragraphe n'a eu qu'un seul but, c'est d'attribuer une force légale à l'article 160 du décret du 18 juin 1811, concernant les consignations préalables des frais. On sait en effet que cet article, de même que l'article 157, avait empiété sur le pouvoir législatif, en mettant à l'exercice du droit de citer en justice, consacré par l'article 182 du code, la condition d'une consignation qui n'était pas dans la loi. Un grand nombre de tribunaux avaient refusé d'appliquer cette disposition ; de là la nécessité de la légaliser en sanctionnant les consignations faites en exécution de cet article; et, quoique cette sorte de sanction puisse ne pas être trouvée à sa place dans l'article 368, qui ne s'occupe que des matières criminelles, puisque la consignation n'a jamais eu lieu dans ces matières, tel est cependant le seul sens, le but unique du § 3 de cet article.

Enfin, comment justifier une distinction entre les affaires correctionnelles et les affaires criminelles? Si la responsabilité de la partie civile est injuste dans celles-ci quand elle succombe, comment deviendrait-elle juste dans les autres? Dans l'un comme dans l'autre cas, cette responsabilité est la peine d'une plainte légère, d'une action imprudente ; or, lorsqu'elle n'a à se reprocher aucune faute, lorsqu'elle a poursuivi à juste titre, lorsque celui qu'elle poursuivait a été condamné, comment, même en matière correctionnelle, lui faire supporter les frais de la poursuite? Quel prétexte invoquer pour les mettre à sa charge? Doit-on la punir par sa ruine d'avoir rendu un service à la société en amenant la condamnation d'un coupable ? La société d'ailleurs n'y gagnerait point : « Il est hors de doute, a dit M. de Dalmas, que cette responsabilité trop étendue de la partie civile devait détourner de prendre cette qualité, et qu'ainsi les auteurs du règlement avaient agi contre le but qu'ils se proposaient,

et qui était de diminuer les frais à la charge de l'État ; car, en écartant les parties par les conditions trop onéreuses qu'on leur imposait, il est évident qu'on rendait plus considérable le nombre des procès d'office, c'est-à-dire ceux dont les frais sont, dans tous les cas, supportés par le trésor, sauf le recours si incertain contre les condamnés[1]. »

Nous pensons donc que la partie civile *qui ne succombe pas* doit jouir du bénéfice consacré par l'article 368, soit dans les affaires soumises au jury, soit dans celles qui sont portées devant les tribunaux correctionnels. Cette opinion, quoiqu'elle ne soit pas généralement admise dans la pratique, n'a point été formellement contestée au point de vue du droit[2]. C'est donc une règle fondamentale, tant à l'égard des prévenus ou accusés qu'à l'égard des parties civiles, que la responsabilité des frais ne doit peser que sur les parties qui ont succombé, soit dans les poursuites exercées contre elles, soit dans celles qu'elles exerçaient elles-mêmes. Cette règle va devenir féconde dans ses applications.

Sa première conséquence est que l'accusé ou le prévenu ne peut encourir une condamnation aux frais que dans le cas d'une condamnation principale à une peine. Car, quand un accusé succombe-t-il ? Il ne succombe que lorsqu'il est condamné sur un chef d'accusation, lorsqu'il encourt une peine quelconque. Et c'est là aussi le véritable sens de l'article 368, car il faut rapprocher cet article des articles 162 et 194 qui ne sont que la reproduction du même principe ; or, du texte de l'article 194, il résulte formellement que la condamnation aux frais ne peut être prononcée qu'accessoirement à un *jugement de condamnation* rendu contre le prévenu. Cependant la jurisprudence a varié dans l'application de ce principe.

Ainsi la cour de cassation, après avoir longtemps jugé que l'accusé qui est *absous*, soit parce qu'il est en démence, soit parce que le

[1] Des frais de justice en matière criminelle, p. 388.

[2] *Ibid.*, p. 387 et 388; et Supplément au Commentaire du code d'inst. crim., p. 165.

fait ne constitue ni crime ni délit, ne peut devenir passible des frais [1], avait adopté une opinion contraire, en se fondant sur ce que, disent ses arrêts, cet accusé était convaincu d'un fait *préjudiciable* qui avait dû provoquer contre lui des poursuites judiciaires [2]. Il y avait dans cet argument une évidente confusion. Ce fait portait-il préjudice à la société entière, ou seulement à des intérêts privés? Dans le premier cas, il y avait délit, et, aux termes de la loi, l'accusé devait répondre des frais. Dans la deuxième hypothèse, les parties lésées pouvaient seules se pourvoir par la voie civile. Or, lorsqu'un accusé est absous, toutes traces d'un délit disparaissent, car il n'y a délit légal qu'autant que le fait est punissable L'accusation n'est pas fondée, puisqu'elle demandait une condamnation et qu'elle succombe. Or, comme les frais sont la conséquence du fait de cette poursuite légèrement exercée, et non de l'accusé, ils ne doivent pas retomber sur celui-ci. « Que ce soit, a dit M. Carnot, par voie d'*acquittement*, d'*absolution* ou de *renvoi*, que le prévenu ou l'accusé gagne sa cause, il ne peut être condamné au remboursement des frais avancés par le trésor public, attendu que, de quelque manière que le jugement ait été prononcé, il en résulte que l'accusé ou le prévenu ne s'était pas rendu coupable d'un délit *punissable*, et que ce n'est que des délits *punissables* dont il peut être fait des poursuites en matière criminelle, correctionnelle ou de police [3]. »

Cette opinion se trouve aujourd'hui, en partie, confirmée par la dernière jurisprudence de la cour de cassation, qui reconnaît aux cours d'assises la faculté de décharger l'accusé de la condamnation aux frais [4]; mais la cour de cassation veut en même temps qu'elles examinent si l'accusé n'a pas occasionné par son fait les frais de la

[1] Cass. 18 mess. an X, 18 germ. et 17 vent. an XII, 14 déc. 1809.

[2] Cass. 9 déc. 1830, 2 juin 1831, Journal du dr. crim., art. 629, 714 et 760.

[3] Comment. du cod. pén., t. 1, p. 64.

[4] Cass. 16 et 22 déc. 1831, 4 janv. 1833, Journ. du dr. crim., art. 793 et 1064.

procédure, et, dans ce cas, elle les met à sa charge à titre de dommages-intérêts. L'accusé a succombé ou n'a pas succombé dans la poursuite dirigée contre lui; les frais doivent être prononcés accessoirement à une condamnation principale, ou ils ne doivent pas l'être. Il n'est peut être pas exact de les assimiler aux dommages-intérêts. Les frais, ainsi qu'on l'a déjà remarqué, ne sont pas la conséquence immédiate du fait poursuivi, mais bien de la poursuite elle-même. Que si l'accusé encourt une peine et que la poursuite soit ainsi reconnue fondée, on peut lui faire supporter le préjudice causé à l'État par cette poursuite. Mais, quand il a triomphé de l'accusation, cette sorte de fiction ne peut plus être invoquée; car c'est à tort que la poursuite a été dans ce cas exercée; le fait de cette poursuite ne peut lui être imputé; il ne l'a point provoqué, il n'en est point responsable, [[à moins que, comme au cas de prescription acquise par le contumax qui n'est reconnu coupable que d'un délit, il n'ait réellement encouru la responsabilité du fait de la procédure [1].]]

[[Cette opinion a été sanctionnée par la cour de cassation dans les cas de démence. Elle a, en effet, rejeté le pourvoi du ministère public, fondé sur ce qu'un accusé absous pour cause de démence n'avait pas été condamné aux frais, « attendu que, selon les articles 162 et 368, conformes au droit commun, le juge ne doit condamner aux frais que la partie qui succombe; que le fait de celui qui était en état de démence au temps de l'action n'est pas susceptible d'imputation; que, s'il ne constitue ni un crime ni un délit, il ne peut constituer non plus un quasi-délit qui le soumette à une réparation civile [2]. »

Il n'en serait plus ainsi si l'accusé avait été, non pas absous, mais exempté de toute peine à raison d'un fait d'excuse légale, par exemple d'avoir, dans une accusation de fausse monnaie, procuré l'arrestation

[1] Cass. 9 fév. 1854, Bull. n° 31.

[2] Cass. 10 mai 1843, Journ. crim., t. 15, p. 216; 29 avril 1837, Bull. n° 129.

de ses complices; l'utilité de la poursuite est démontrée, dans ce cas, par la déclaration de culpabilité qui en a été la suite [1].]]

Le prévenu de moins de 16 ans, qui a été déclaré coupable, et acquitté comme ayant agi sans discernement, doit-il être tenu des frais? La jurisprudence de la cour de cassation n'a point cessé d'être affirmative sur cette question [2]. Elle repose sur cet unique motif, que le mineur, alors même qu'il est acquitté à raison de son âge, a donné lieu à la poursuite, *dedit locum inquirendi*, puisque le fait est reconnu constant. Les juges, en déclarant que l'enfant a agi sans discernement, excluent nécessairement l'intention criminelle; car comment concevoir cette intention, si l'accusé n'a pas eu l'intelligence de son action? Cette déclaration équivaut à un plein et entier acquittement; elle exempte de la peine, elle efface le crime. Objectera-t-on que les juges peuvent prononcer la détention dans une maison de correction? Mais la cour de cassation a reconnu elle-même que cette détention n'était pas une peine, et n'avait d'autre caractère que celui d'une correction domestique; et ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que la loi a mis au choix des juges de rendre l'enfant à sa famille, ou de le renfermer dans une maison de correction : d'où il suit que cette dernière mesure ne doit être prise, dans l'esprit de la loi pénale, que dans le cas où la famille n'offre aucune garantie pour l'amendement du jeune prévenu. En définitive, est-il possible de soutenir que ce prévenu a succombé, lorsqu'il est non pas seulement absous, mais, selon les termes formels de l'article 66 du code pénal, pleinement acquitté? Comment concilier cet acquittement avec les termes de l'article 368 du code d'instruction criminelle?

Lorsque le prévenu poursuivi pour un délit n'a été reconnu cou-

[1] Cass. 24 juill. 1840, Bull. n 212.

[2] Cass. 6 août 1818, Bull. no 170; 19 mai 1815, *ibid.* no 33; 17 mars 1823, *ibid.* no 44; 30 avril 1825, *ibid.* 81; 12 fév. 1829, *ibid.* no 35; 5 janv. 1832, *ibid.* no 1; 13 avril 1832, *ibid.* 134; 25 juin 1835, *ibid.* 261; 22 sept. 1836, *ibid.* no 309; 26 mai 1838, *ibid.* no 141; 12 fév. 1841, *ibid.* no 86; 10 juin 1842, *ibid.* no 142; 12 août 1843, *ibid.* no 205; 11 oct. 1845, *ibid.* no 321, etc.

pable par le tribunal correctionnel que d'une simple contravention, est-il tenu de tous les frais de l'instance ? Quelques tribunaux avaient pensé que la condamnation aux frais ne devait comprendre, dans ce cas, que ceux de ces frais qui se rattachent à la contravention. La cour de cassation a pensé que cette distinction était contraire à l'esprit de l'article 194, et que son application serait d'ailleurs le plus souvent impossible, parce qu'on ne pourrait discerner le point précis de la procédure où des faits matériels, originairement poursuivis comme délits, se seraient transformés dans l'esprit des juges en simple contravention [1]. En stricte équité, cette jurisprudence pourrait être critiquée, car il n'est pas juste de rendre l'auteur d'une contravention passible des frais d'une poursuite correctionnelle par cela seul que le fait a été mal qualifié dans la plainte. Mais la disposition absolue des articles 162 et 194, et la difficulté pratique de tracer une ligne de séparation au milieu des frais de la procédure doivent faire adopter le système de la cour de cassation. La responsabilité des frais est légitimée par la condamnation intervenue, encore bien qu'elle n'ait amené que des peines moindres que celles qui étaient annoncées par le titre primitif de la poursuite. La même solution s'applique aux poursuites pour crimes qui n'ont eu pour résultat que la constatation de simples délits [2]. [[Mais il n'en serait plus ainsi si, acquitté de l'accusation, l'accusé a encouru seulement des dommages-intérêts ; car il n'a pas succombé dans l'action publique dont il s'agit d'acquitter les frais [3].]]

Quelques tribunaux sont dans l'usage, lorsque, statuant sur l'appel d'un prévenu, ils ordonnent la réassignation des témoins entendus en première instance, de mettre les frais de la citation à la charge de ce prévenu. La cour de cassation avait blâmé cette mesure illégale par arrêt du 30 novembre 1832 [4], en déclarant : « que ces frais

[1] Cass. 25 avr. 1833, Journ. du dr. crim., p. 183.
[2] Cass. 3 févr. 1855, Bull. n° 31.
[3] Cass. 6 mai 1852, Bull. n° 147.
[4] Journ. du dr. crim. 1832, p. 209.

doivent nécessairement être mis à la charge de la partie qui succombera en définitive; » mais un autre arrêt du 30 janvier 1835 [1], en rejetant un pourvoi formé contre un jugement qui avait adopté ce même mode, a paru déroger à ce principe. Toutefois le véritable motif du rejet est que le jugement n'avait porté aucun préjudice au prévenu, parce qu'ayant été condamné en définitive, tous les frais du procès retombaient nécessairement sur lui. L'excès de pouvoir n'en est pas moins manifeste. Un tribunal peut accorder ou refuser en appel l'audition des témoins à décharge; mais il ne peut subordonner cette audition à une condition onéreuse; car cette condition peut entraver la défense. L'article 321 du code d'instruction criminelle ne fait d'ailleurs supporter aux accusés que les citations des témoins à décharge faites à leur requête; et si les autres citations devaient être avancées par le prévenu, il en résulterait que, même en ne succombant pas dans sa poursuite, il se trouverait supporter des frais, ce qui serait contraire à la règle que nous avons posée, [[et qui doit être maintenue avec d'autant plus d'exactitude qu'elle rentre aujourd'hui dans l'esprit de l'article 30 de la loi du 22 janvier 1851 sur l'assistance judiciaire [2].]]

Cette règle a été appliquée avec justesse par la cour de cassation aux frais de l'appel. Si l'appel formé *à minimâ* par le ministère public seul a été rejeté, le prévenu ne doit pas en supporter les frais, car il a obtenu gain de cause dans cette seconde poursuite [3]; mais, s'il a lui-même interjeté appel, les frais sont à sa charge, soit que son sort ait été aggravé sur cet appel, soit que la peine ait été diminuée; car, malgré cette modération de la peine, la condamnation dont il

[1] Journ. du dr. crim. 1835, p. 30.

[2] Voici les termes de cet article : « Les présidents des cours d'assises et les présidents des tribunaux correctionnels pourront, même avant le jour fixé pour l'audience, ordonner l'assignation des témoins qui leur seront indiqués par l'accusé ou le prévenu indigent, dans le cas où la déclaration de ces témoins serait jugée utile pour la découverte de la vérité. »

[3] Cass. 22 nov. 1828 et 19 fév. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 75; 28 avril 1854, Bull. nº 126.

provoquait la réforme a été confirmée [1]. [[Et il en serait encore ainsi lors même que le ministère public aurait seul interjeté appel, et que la condamnation n'aurait point été aggravée sur cet appel, si l'appel était motivé sur ce que le jugement avait admis la fausse allégation du prévenu qu'il était âgé de moins de 16 ans, et si le juge d'appel a reconnu qu'il était fondé sous ce rapport, quoique, par d'autres motifs, il n'ait pas aggravé la peine [2].]]

Notre principe reçoit toutefois une exception qui a été formulée dans le code. L'article 478 du code d'instruction criminelle dispose que le contumax qui, après s'être représenté, obtiendra son renvoi de l'accusation, sera toujours condamné aux frais occasionnés par la contumace. L'article 187 du même code laisse également à la charge du prévenu condamné par défaut et qui forme opposition, les frais de l'expédition et de la signification du jugement par défaut et de l'opposition, même en cas d'acquittement sur son opposition [3]; mais, dans l'une et l'autre hypothèse, ces frais contiennent une sorte de pénalité dont la loi a voulu frapper celui qui se dérobe par la fuite à la justice. La cour de cassation a étendu cette responsabilité à l'accusé qui se représente, avant même qu'il ait été procédé au jugement de la contumace [4].

La partie civile reçoit l'application de la même règle dans des espèces qui sont fort délicates. Aucune incertitude ne peut exister quand l'accusé ou le prévenu est déclaré coupable, ou quand il est acquitté. Dans le premier cas, elle n'est jamais tenue d'aucuns frais, dans l'autre ils sont à sa charge. S'il est absous, soit pour cause de démence, soit parce que le fait ne constitue ni crime ni délit, la partie civile succombe-t-elle? Cette question eût présenté quelque difficulté sous l'ancienne jurisprudence, qui considérait l'accusé *absous* comme ayant succombé. Mais, puisqu'il est aujourd'hui reconnu que l'accusé

[1] Cass. 15 oct. 1830, 3 sept. 1831.
[2] Cass. 10 févr. 1853, Bull. n° 53.
[3] Cass. 21 août 1852, Bull. n° 293.
[4] Cass. 2 déc. 1830, Journ. du dr. crim. 1831, p. 117.

n'est réputé *succomber* que lorsqu'il est l'objet d'une condamnation, il en résulte naturellement que c'est alors la partie poursuivante, la partie civile, qui succombe. On peut objecter, à la vérité, que la poursuite était fondée, puisque le fait dont elle se plaignait est vrai et constaté. La réponse est qu'elle doit s'imputer d'avoir mal apprécié la position morale du prévenu ou la criminalité du fait.

Toutefois la question devient plus délicate si la partie civile a obtenu des restitutions ou des dommages-intérêts, tandis que l'accusé a été absous ou même acquitté. On peut trouver une sorte de corrélation entre le renvoi de celui-ci et la condamnation aux frais de la partie; il semble que, dès que le premier n'a pas succombé dans la poursuite, cette partie devrait nécessairement être considérée comme ayant succombé elle-même, puisque l'action publique qu'elle a provoquée a été anéantie. Si l'on se reporte aux termes de l'article 368, qui déclare que la partie civile qui n'aura pas succombé ne sera jamais tenue des frais; si l'on remarque que tout procès criminel dans lequel une partie civile est jointe, renferme deux actions distinctes, l'action publique et l'action civile, indépendantes l'une de l'autre, et que cette dernière action n'a d'autre but que la réparation civile du dommage, on en conclura sans doute que la partie qui a obtenu cette réparation, qui a atteint la seule fin qu'elle se proposait, qui, en un mot, a gagné son procès, ne peut être réputée avoir succombé, condition nécessaire pour encourir la charge des frais.

La solution serait-elle différente si l'accusé avait encouru une peine, et si la partie civile avait à la fois succombé dans son action privée? Nous pensons que la partie civile ne devrait pas être tenue des frais. A la vérité, elle a succombé dans ses intérêts civils, mais l'action publique a triomphé; il y a eu condamnation. Dès lors on ne peut dire que la partie civile ait induit l'État en frais frustratoires, puisque l'intérêt de la société appelait la répression du délit. Il serait trop rigoureux de rendre le plaignant responsable des frais, lorsque le fait qu'il dénonçait constituait un délit, et que la plainte a servi à le faire punir.

Nous ne pousserons pas plus avant ces hypothèses ; les solutions qui précèdent serviraient d'ailleurs à résoudre celles qui pourraient se présenter. Il nous reste à faire observer qu'aux termes de l'article 158 du décret du 18 juin 1811, sont assimilés aux parties civiles, toute administration publique, dans les procès suivis même d'office et dans son intérêt, les communes et les établissements publics, dans les procès instruits également même d'office, mais seulement pour crimes ou délits commis contre leurs propriétés. La cour de cassation a toutefois restreint la responsabilité que cette disposition prononce aux cas où l'administration a un intérêt *matériel et pécuniaire*, et où elle a été présente ou appelée au procès [1]. Mais cette restriction, puisée dans les règles du droit commun, est évidemment contraire aux règles exceptionnelles que le décret a posées et qui n'excédaient nullement les limites du pouvoir réglementaire [2].

Les frais que la loi a mis à la charge des condamnés ou des parties civiles, et qui peuvent être recouvrés contre eux, se composent des frais de transport des prévenus et des procédures, des frais d'extradition, des honoraires et vacations des experts et médecins, des indemnités allouées aux témoins, des frais de garde de scellés et de mise en fourrière, des droits d'expédition et autres alloués aux greffiers, des salaires des huissiers, des frais de transport des officiers de justice sur le lieu du crime, ainsi que de ceux de voyage et de séjour auxquels l'instruction donne lieu, enfin de toutes les dépenses extraordinaires qu'une procédure peut entraîner pour arriver à la découverte de la vérité [3]. [[Toutefois les honoraires des avoués en matière correctionnelle n'en font pas partie, puisque le ministère de ces officiers n'est pas exigé par la loi : c'est à la partie qui les emploie à en supporter la charge [4].]]

[1] Cass. 19 mars 1830, Jour. du dr. crim. 1831, p. 223.

[2] *Voyez* à cet égard M. de Dalmas, Des frais de justice, p. 400.

[3] Art. 2, 136 et 157 du décret du 18 juin 1811. *Voyez* le Traité des frais de justice de M. de Delmas, p. 3 et suiv.

[4] Cass. 12 avril 1821, Bull. nº 57; 29 oct. 1824, *ibid.* nº 155; 31 janv. 1833, *ibid.* nº 24; 2 avril 1836, *ibid.* nº 106; 7 avril 1837, *ibid.* nº 105;

Le principe de la solidarité s'applique aux frais comme aux amendes, aux restitutions et aux dommages-intérêts. Tous les auteurs et complices du même crime ou délit sont tenus *solidairement* de leur payement. [[Mais il ne suffit pas que plusieurs individus soient compris dans la même accusation [1] : la solidarité n'est plus applicable si les faits sont distincts [2], et, dans ce cas, le juge doit déterminer la part afférente à chaque fait [3].]] L'article 156 du décret du 18 juin 1811 étend ce lien civil aux auteurs et complices *du même fait*, ce qui pourrait atteindre les auteurs et complices des simples contraventions; mais si l'on ne reconnaît à ce décret d'autre force que celle d'un règlement, il faut se reporter, pour interpréter cette disposition, à l'article 55 du code pénal dont elle avait pour objet d'assurer l'exécution, et restreindre la solidarité, comme cet article l'a fait, aux frais qui résultent des crimes ou des délits.

Les règles que nous avons exposées sur la solidarité des amendes s'appliquent à celles des autres condamnations pécuniaires; il est donc inutile de les reproduire [4]. Il suffira d'ajouter que le lien de la solidarité, qui est la garantie du fisc, ne fait pas obstacle à la répartition de ces condamnations entre les condamnés, suivant le degré de leur culpabilité [5], et que cette solidarité ne doit pas s'étendre aux frais des débats postérieurs à la condamnation, et occasionnés par le jugement des accusés non présents aux premiers débats [6].

Tout jugement de condamnation, qu'il soit en premier ou en dernier ressort, doit infliger au condamné le remboursement des frais de

26 avril 1856, *ibid.* n° 164; — et, en sens contraire, cass. 12 mars 1852, Bull. n° 88.

[1] Cass. 3 avril 1852, Bull. n° 116.

[2] Cass. 25 février 1853, Bull. n° 68.

[3] Cass. 4 nov. 1854, Bull. n° 308; 7 janv. 1859, *ibid.* n° 4.

[4] Ce principe, à l'égard des frais, a été consacré par deux arrêts de la cour de cassation des 7 janv. 1843 et 5 nov. 1846; Journ. du dr. crim. 1843, art. 3263, et 1847, art. 4107.

[5] Arr. Lyon 5 janvier 1821, Sir., 25-2-45.

[6] Décis. du garde des sceaux du 29 août 1826, rapp. par M. de Dalmas, p. 377; cass. 4 nov. 1854, Bull. n° 155; 6 mars 1852, *ibid.* n° 81.

la procédure; mais cette disposition du jugement ne peut, comme toutes les autres, recevoir d'exécution qu'autant qu'il est devenu définitif. Ainsi, le décès du condamné avant que la cour de cassation ait statué sur son pourvoi, le fait tomber de plein droit[1]. La raison en est que le remboursement des frais est une conséquence nécessaire et indivisible des autres condamnations prononcées contre le prévenu. Mais, si le jugement avait acquis force de chose jugée avant le décès, l'impossibilité d'exécuter les peines principales ne serait pas un obstacle au remboursement des frais contre les héritiers : car le remboursement devient une véritable dette pécuniaire, au moment où la condamnation est devenue définitive ; et dès lors elle passe aux héritiers comme une charge de la succession.

[1] Décis. du garde des sceaux du 13 mai 1823, rapp. par M. de Dalmas, p. 380.

CHAPITRE IX.

DE L'EXÉCUTION DES PEINES.

(*Commentaire des art.* 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 36, 40, 41, 52, 53 *et* 54 *du code pénal.*)

101. Division de ce chapitre.

§ Ier. — *De l'exécution des peines afflictives et infamantes.*

102. De l'exécution de la peine de mort (art. 12 et 13 du C. pén.).
103. Inhumation des corps des suppliciés (art. 14).
104. Mesures relatives aux condamnées enceintes (art. 27).
105. L'exécution peut avoir lieu les jours de fête (art. 25).
106. Du lieu des exécutions.—Désignation de ce lieu (art. 26).
107. Réquisition des ouvriers nécessaires aux travaux des exécutions (loi du 22 germinal an IV).
108. Exécution de la peine des travaux forcés dans le système du Code pénal.
109. Transportation des condamnés aux travaux forcés (loi du 30 mai 1854).
110. Exécution de la peine de la réclusion (art. 21).
111. De l'impression et de l'affiche des arrêts de condamnation (art. 36).
112. A partir de quel jour les peines sont comptées.—Système de l'art. 23.
113. Concours de plusieurs peines, et cas où il y a lieu de les cumuler (art. 365 du C. d'inst. cr.).
114. Autorité compétente pour statuer sur les questions relatives à l'exécution des peines.

§ II. — *De l'exécution des peines correctionnelles.*

115. Exécution de la peine d'emprisonnement (art. 40).
116. De quel jour cette peine commence à courir. — Système de l'art. 24.
117. Dans quels lieux elle doit être subie. — Distinction suivant la durée de la peine.
118. Illégalité de l'exécution dans des maisons de santé.
119. Dans quelle prison elle doit avoir lieu en cas d'appel.
120. Concours de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative dans l'exécution des peines.
121. Application aux peines correctionnelles de la règle du non-cumul.

§ III. — *De l'exécution des condamnations pécuniaires.*

122. Cette exécution est poursuivie par voie de contrainte par corps ; théorie du code à ce sujet.

---

101. L'exécution des peines a fait naître de graves et nombreuses questions : nous les avons réunies, quoiqu'elles s'appliquent à des ordres de pénalité différents, dans un même chapitre, parce qu'elles doivent trouver leur solution dans les règles générales qui s'étendent à toutes les peines. Néanmoins, pour répandre plus de clarté dans notre travail, nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes, qui seront successivement consacrés à l'exécution des peines afflictives ou infamantes, de la peine d'emprisonnement, et des condamnations pécuniaires.

§ Ier.

De l'exécution des peines afflictives et infamantes.

102. Nous ne parlerons que très-succinctement du mode même d'application de ces peines.

La peine de mort avait, dans notre ancienne législation, ses degrés divers de cruauté, suivant la nature des crimes. Le crime de lèse-majesté était puni de l'écartellement ; la peine du feu était réservée aux parricides, aux sacriléges, aux incendiaires ; les meurtriers, les assassins subissaient le supplice de la roue. Enfin les autres crimes capitaux s'exécutaient soit par la potence, soit par la décollation, suivant que les coupables étaient roturiers ou nobles. « En crimes qui méritent la mort, le vilain sera pendu, le noble décapité [1]. »

L'assemblée constituante ne voulut pas attendre la promulgation de son code pénal, pour déclarer, par une loi du 28 septembre 1791,

[1] Loysel, liv. 6, tit. 2, max. 26.

que la peine de mort ne serait plus que la simple privation de la vie. « Je ne connais pas, a dit M. Dupin [1], de plus belle loi, si ce n'est celle qui abolirait la peine de mort. » L'article 2 du code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 reproduisait ce principe ; l'article 3 fixa le mode d'exécution : tous les condamnés à mort durent avoir la tête tranchée. L'instruction annexée à la loi du 25 mars 1792 détermina le mode de décapitation : le problème qu'elle se proposait de résoudre était *que la peine de mort fût la moins douloureuse possible dans son exécution.*

L'article 12 du code pénal, qui porte que « tout condamné à mort aura la tête tranchée, » n'a donc fait que confirmer le principe de l'assemblée constituante. Aucune discussion ne s'éleva à ce sujet dans les délibérations du conseil d'Etat qui préparèrent le code pénal.

Mais l'article 13, qui, suivant l'expression de M. Treilhard, apportait une *légère dérogation* à ce principe, institua quelque chose de plus que la mort simple, la mutilation du poing à l'égard du parricide. Le projet du code pénal avait même étendu cette mutilation barbare aux condamnés pour *conjugicide*, *fratricide*, *empoisonnement*, *incendie*, *meurtre exécuté avec tortures* [2]. Mais, M. Berlier ayant fait observer que la mort simple était un supplice suffisant pour tous les crimes, cette aggravation fut limitée au parricide, « attendu qu'il était dans les convenances que le crime le plus atroce fût puni d'une peine plus grave que les autres. » La loi du 28 avril 1832 a répondu à un cri d'humanité, en effaçant enfin du code la mutilation ; mais elle a conservé un barbare et inutile appareil qui prolonge et redouble l'agonie du supplicié, sans rien ajouter à l'exemplarité de la peine [3].

[1] Lois criminelles, p. 49.

[2] Locré, t. 29, p. 96.

[3] Voyez *suprà*, n° 46.—Art. 13 : « Le coupable condamné à mort pour parricide sera conduit sur le lieu de l'exécution en chemise, nu-pieds et la tête couverte d'un voile noir. Il sera exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier fera au peuple lecture de l'arrêt de condamnation, et il sera immédiatement exécuté à mort. »

105. L'article 14 dispose que « les corps des suppliciés seront délivrés à leurs familles, si elles les réclament, à la charge par elles de les faire inhumer sans aucun appareil. » L'article primitif ne portait que ces mots : « Les corps des suppliciés seront délivrés à leurs familles si elles les réclament. » Cette disposition fut attaquée dans le sein du conseil d'Etat. On soutint que l'homme retranché de la société par une condamnation capitale n'avait plus de famille ; qu'il fallait d'ailleurs se garder d'affaiblir la terreur que le supplice avait jetée dans les esprits ; enfin, qu'on devait craindre de scandaleuses funérailles célébrées à côté du supplice, dans l'intention d'accuser la justice et de réhabiliter le condamné. Les premiers motifs étaient dénués de fondement : « Si les familles, dit M. Treilhard, veulent rendre les derniers devoirs à leur parent, pourquoi le leur refuser? Est-ce donc sur un cadavre que la loi doit se venger? » M. Cambacérès répondit à la dernière objection en proposant d'ajouter : *à la charge de les faire inhumer sans aucune espèce de solennité.* La commission de rédaction avait écrit, au lieu des derniers termes de cet amendement, *sans cérémonie ;* mais son auteur fit remarquer qu'on pourrait induire de ces termes la défense de faire dire des prières sur les corps des condamnés ; et, pour prévenir cette interprétation, il proposa les mots *sans appareil* [1]. Ainsi c'est la pompe des funérailles, c'est le scandale de l'appareil que la loi a voulu prévenir, et non les cérémonies religieuses : le refus de délivrer le corps à la famille, sous prétexte qu'elle veut le présenter à l'église, ne serait donc pas fondé, à moins que cette cérémonie elle-même ne dût offrir une inconvenante solennité.

L'examen de la législation relative aux exécutions capitales nous suggère une réflexion : c'est que la loi, soit omission, soit qu'elle l'ait jugé inutile, n'a appelé aucune espèce de surveillance sur ces exécutions. Elle convoque, à la vérité, la gendarmerie et deux officiers de justice, le greffier et l'exécuteur ; mais le greffier est

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séance du 8 oct. 1803 ; Locré, t. 29, p. 116.

uniquement chargé de constater par un procès-verbal le fait matériel de l'exécution [1]; l'exécuteur n'a aucun caractère pour lever les obstacles, pour ordonner les mesures qui peuvent naître des circonstances; enfin la gendarmerie n'est tenue que *de prêter main-forte aux officiers de justice* [2]. Dans un cas spécial, l'article 13 du code pénal appelle un huissier, mais seulement pour donner lecture de l'arrêt de condamnation sur l'échafaud; enfin l'article 377 du code d'instruction criminelle n'ordonne le transport *de l'un des juges* que dans le cas où le condamné veut faire une déclaration, et seulement pour la recevoir. Cependant l'humanité et la sûreté publique font un devoir de surveiller les exécutions; des scènes déplorables, plusieurs fois renouvelées, attestent combien la présence d'un officier de justice y serait nécessaire. Si les convenances peuvent paraître s'opposer à ce qu'un magistrat soit chargé de cette pénible mission, il faut faire porter la responsabilité sur un autre officier, sur un commissaire de police ou sur un huissier; mais on ne doit pas laisser le condamné à la discrétion de l'exécuteur; on ne doit pas laisser peser sur cet officier subalterne les obstacles qu'il peut éprouver dans l'exercice de ses fonctions. Il y a lacune dans la loi, et il est urgent de la remplir.

104. L'article 27 prévoit le cas où une femme condamnée se trouve enceinte : « Si une femme condamnée à mort se déclare, et s'il est vérifié qu'elle est enceinte, elle ne subira sa peine qu'après sa délivrance. » Cette disposition, empruntée à l'art. 13 du titre 25 de l'ordonnance de 1670, ne fait d'ailleurs qu'appliquer la maxime : *non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est* [3]. L'ordonnance de 1670 prescrivait la vérification dans le cas même où la femme condamnée n'avait fait aucune déclaration, si elle *paraissait enceinte*. Quoique cette disposition n'ait pas été reproduite dans l'article 27, nous pensons avec M. Carnot [4] qu'elle devrait encore

[1] Art. 378 code d'inst. crim., et 52 décret du 18 juin 1811.

[2] Art. 69 ord. du 29 oct. 1820.

[3] L. 5, ff. de statu hominum, et L. prægnantis, ff. de pœnis.

[4] Comment. du cod. pén., t. 1er, p. 96.

être appliquée; car elle se trouve, sinon dans le texte, au moins dans l'esprit sainement entendu de cet article.

La loi du 23 germinal an III avait étendu cette exception. Elle portait : « qu'aucune femme prévenue de crime emportant la peine de mort ne pourrait être *mise en jugement* qu'il n'eût été vérifié qu'elle n'était pas enceinte. » Nous ne saurions ici partager l'opinion émise par M. Carnot sur la force actuelle de cette loi [1]. L'article 27, en statuant sur la position particulière de la femme enceinte, en a limité les effets à l'exécution de la peine de mort, et le code d'instruction criminelle n'a point autorisé d'exception au principe qui veut que les accusés soient mis en jugement aussitôt que l'affaire est en état [2]. C'est au président des assises à renvoyer l'affaire à une autre session, s'il juge que la position de l'accusée ne lui permet pas de supporter les débats.

Une autre loi du 31 août 1792 était ainsi conçue : « Les femmes condamnées à la peine du carcan et *qui seront trouvées enceintes* au moment de leur condamnation, ne subiront point cette peine, et ne seront point exposées au public; mais elles garderont prison pendant un mois, à compter du jour de leur jugement, qui sera imprimé, affiché et attaché à un poteau planté à cet effet sur la place publique. » M. Carnot pense encore que cette loi doit continuer à être exécutée, parce que le code ne l'a point expressément abrogée [3], et M. Bourguignon se range à cette opinion, en se fondant sur ce que le retard de l'exposition prolongerait illégalement la durée de la peine [4]. Ce dernier motif ne pourrait plus être invoqué, puisque, depuis la révision du code pénal, la durée des peines temporaires a cessé de prendre son point de départ dans l'exposition. Mais, indépendamment de cette considération, comment prétendre que cette

[1] Comment. du code pén., t. 1er, p. 97.

[2] Cass. 7 nov. 1811, Sir., 16-1-31.

[3] Cod. d'inst. crim., sur l'art. 373, obs. 11 ; et cod. pén., sur l'art. 24, obs. 4.

[4] Jurisp. des Cours crim., t. 3, p. 26.

loi, qui se rattache au système pénal, a pu traverser un code qui a réédifié ce système sans la sanctionner? Le code pénal ne renferme-t-il pas un ordre complet de pénalités? n'a-t-il pas réglé l'exposition comme la peine de mort? Comment admettre, en dehors de ses dispositions, des dispenses et des exceptions qui lui sont étrangères[1]? [[Cette question n'a plus au reste qu'un intérêt théorique, puisque (ainsi qu'on l'a vu n° 6) l'exposition publique a été définitivement abolie]].

105. Aucune condamnation ne peut, aux termes de l'article 25, être exécutée les jours de fêtes nationales ou religieuses, ni les dimanches. Nous ne ferons qu'une seule observation sur cet article, c'est qu'il crée une exception évidente à l'article 375 du code d'instruction criminelle, qui prescrit l'exécution *dans les 24 heures* de la réception de l'arrêt de rejet, ou dans l'expiration des délais du pourvoi. La même exception n'existait pas dans l'ancien droit : les jugements étaient exécutés le jour même où ils étaient prononcés[2].

106. Le lieu des exécutions criminelles a varié avec les diverses législations qui se sont succédé. L'ordonnance de 1670 (tit. 26, art. 16) voulait que les condamnés fussent renvoyés sur les lieux, s'il n'était autrement ordonné par les cours, par des considérations particulières. Le code pénal de 1791 (tit. 1, art. 5) prescrivait, au contraire, que l'exécution se fît *dans la place publique de la ville où le jury d'accusation avait été convoqué*, c'est-à-dire du chef-lieu d'arrondissement. Le code du 3 brumaire an IV modifia encore cette législation : l'exécution dut se faire, aux termes de son article 445, sur une des places publiques *de la commune où le tribunal criminel tenait ses séances*, c'est-à-dire du chef-lieu du département. « C'est là, disait le rapporteur du projet du code pénal au corps législatif, une des fautes les plus graves de la législation

[1] Basnage (sur l'art. 143 de la coutume de la Normandie) enseigne encore qu'on doit éviter de prononcer le jugement de condamnation à la femme qui est enceinte. Ces diverses exceptions respirent l'humanité, mais l'interprétation ne peut s'appuyer que sur le texte de la loi.

[2] Ord. de 1670, tit. 25, art. 21.

actuelle; en effet, c'est dans les lieux qui ont été témoins du crime, c'est sur les personnes qui se sont entretenues de ses détails et qui ont connu le coupable, que l'impression produite par l'exécution est plus profonde... »

L'article 26, dans le projet du code, était ainsi conçu : « l'exécution se fera sur l'une des places publiques de la ville chef-lieu de l'arrondissement communal dans lequel le crime aura été commis. Néanmoins le procureur général pourra, suivant les circonstances, ordonner que l'exécution de tel arrêt, ou même les exécutions criminelles en général, se feront dans un autre lieu qui sera déterminé. » On fit observer avec raison, dans le sein du conseil d'État, que cette disposition attribuait au procureur général un pouvoir qui ne doit appartenir qu'aux juges. M. Berlier proposa de maintenir, comme une règle, que l'exécution serait faite dans le lieu même du crime. Sans contester cette règle, Napoléon émit l'avis de laisser ces détails à la sagesse des juges; et de là l'article 26, qui porte que « l'exécution se fera sur l'une des places publiques du lieu qui sera indiqué par l'arrêt de condamnation [1]. » Mais il est évident que ce lieu ne peut être que celui du jugement, ou une des communes de l'arrondissement où le crime a été commis.

En quel lieu procéderait-on à l'exécution, si cette désignation avait été omise dans l'arrêt? Il est visible d'abord que cette omission ne pourrait être suppléée par le ministère public, car l'article 376 du code d'instruction criminelle ne lui confère d'autre pouvoir que celui de faire exécuter la condamnation. On doit remarquer que le droit commun, au moment de la rédaction du code pénal, était l'exécution au chef-lieu du département. Le législateur, trouvant cette mesure trop absolue, donna aux juges la faculté d'y déroger suivant les circonstances, et de fixer eux-mêmes le lieu de l'exécution. Or, s'ils n'ont pas usé de cette faculté, il est évident qu'on rentre sous l'empire du droit commun, et que cette exécution doit demeurer au chef-lieu de la cour d'assises.

L'article 26 ne délègue aux juges que le pouvoir de désigner *le*

[1] Locré, t. 29, p. 146.

lieu de l'exécution, c'est-à-dire la ville, le bourg ou le village où la peine sera subie; ils n'ont point à déterminer *la place publique* de ce lieu où l'exécution sera faite. Ce choix n'appartient qu'à l'autorité administrative à laquelle compète tout ce qui regarde la police de la voie publique, mais elle doit cependant se concerter à cet égard avec le ministère public. C'est ainsi qu'un arrêté du préfet de la Seine, du 20 janvier 1832, a transporté le lieu des exécutions de la place de Grève à l'extrémité du faubourg Saint-Jacques. Il est essentiel que ce lieu soit *une place publique;* tel est le vœu de l'article 26, et cette publicité est une garantie contre des exécutions clandestines, en même temps qu'elle assure à la peine l'accomplissement de sa mission [1].

107. La loi du 22 germinal an IV autorise le ministère public à requérir les ouvriers de faire les travaux nécessaires pour l'exécution des jugements, à la charge de leur en faire payer le prix; et le refus de ces ouvriers est puni, pour la première fois, d'une peine de simple police, et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de six à trente jours [2]. L'article 114 du décret du 18 juin 1811 prescrit que cette loi continuera d'être exécutée. Cependant quelques jurisconsultes ont pensé que sa disposition pénale se trouvait remplacée par le § 12 de l'article 475 du code pénal, qui prononce une amende contre les personnes qui, le pouvant, auront refusé ou négligé de

[1] Un décret de la convention du 16 août 1793 contenait une exception à ce principe à l'égard des pays occupés par l'ennemi : les jugements criminels pouvaient y être exécutés dans tous les lieux où le tribunal tenait ses séances; cette exception était le résultat de la *force majeure*, seule excuse qui pût la justifier.

[2] L. 22 germ. an IV. — Art. 1. Les commissaires du directoire exécutif requerront les ouvriers, chacun à leur tour, de faire les travaux nécessaires pour l'exécution des jugements, à la charge de leur en faire compter le prix ordinaire. — Art. 2 Tout ouvrier qui refuserait de déférer à la réquisition desdits commissaires sera condamné, la première fois, par voie de simple police, à un emprisonnement de trois jours; en cas de récidive, il sera condamné, par voie de police correctionnelle, à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'une décade, ni excéder 30 jours.

faire les travaux dans les cas... *d'exécution judiciaire*[1]. Nous ne partageons pas cet avis. L'article 475 ne s'applique qu'au cas où des circonstances accidentelles et imprévues rendent tout à coup nécessaires l'assistance et les secours des citoyens ; or ces circonstances fortuites n'existent point dans le cas prévu par la loi du 22 germinal an IV ; les réquisitions sont faites à l'avance, les travaux sont connus et précisés. Cette loi, d'ailleurs, régit une matière spéciale, un cas particulier qui devait échapper à la loi générale, et l'article 484 l'a évidemment maintenue [2]. Il nous paraît en même temps qu'on doit strictement se renfermer dans les termes de cette loi tout exceptionnelle, et qu'en conséquence le ministère public ne pourrait, comme l'a proposé M. Carnot [3], requérir la force publique de se saisir des ouvriers, et les contraindre à faire les travaux, ou même intenter contre eux une demande en dommages-intérêts à raison des frais frustratoires que leur refus peut avoir entraînés.

Le droit de requérir les ouvriers n'est soumis à aucune condition. Ainsi le tribunal correctionnel de Digne avait admis, en faveur de ces ouvriers, une fin de non-recevoir tirée de ce que les réquisitions n'avaient été précédées d'aucune tentative d'adjudication publique des travaux. Ce jugement a été cassé par arrêt de la cour de cassation du 13 mars 1835 [4], fondé sur ce que le droit d'adresser des réquisitions est absolu et peut s'exercer dans tous les cas.

L'article 114 du décret du 18 juin 1811 ajoute que « les dispositions de la même loi (du 22 germinal an IV) seront observées dans le cas où il y aurait lieu de faire fournir un logement aux exécuteurs. » Ainsi, d'après cet article, des réquisitions devraient être adressées aux propriétaires pour faire fournir un logement aux exécuteurs, et leur refus pourrait être puni de peines correctionnelles. La cour de

[1] Lois d'inst. crim. et pén., par Garnier-Dubourgneuf et Chanoine, t. 1, p. 228.

[2] Des frais de justice, p. 312.

[3] Inst. crim., t. 2, p. 296.

[4] *Voyez* Journ. du dr. crim. 1835, p. 153.

cassation, appelée à statuer sur un incident de cette nature, s'est arrêtée à une fin de non-recevoir et s'est abstenue de décider le point de droit[1]. Créer un nouveau cas d'application d'une loi pénale, n'est-ce pas créer une véritable peine? et un simple décret peut-il avoir cette puissance?

108. Les peines afflictives ou infamantes, autres que la peine de mort, revêtent également certaines formes d'exécution. En examinant la nature de chacune de ces peines, nous avons précédemment décrit à peu près ces formes[2]. Peu de choses restent à ajouter.

L'article 15, relatif aux travaux forcés, n'a point indiqué la nature des travaux auxquels les condamnés doivent être appliqués; il se borne à dire qu'ils seront employés aux travaux *les plus pénibles*. Le projet du code avait été plus explicite. On y lisait, d'après le code pénal de 1791 : « Les hommes condamnés aux travaux forcés seront employés soit à l'extraction des mines, soit au dessèchement des marais, soit à tout autre ouvrage pénible. » Le conseil d'Etat pensa que le choix des travaux devait être laissé à la sagesse de l'administration. M. Corvetto soutint toutefois que ces mots *les plus pénibles* indiquaient une sorte d'acharnement, et insista pour leur suppression. Mais il fut répondu par M. Treilhard qu'on ne pouvait se dispenser de qualifier la nature du travail auquel les condamnés devaient être appliqués[3].

C'est par suite de cette faculté laissée à l'administration que les condamnés aux travaux forcés avaient été employés à des travaux différents : à Brest et à Rochefort, aux travaux de force de ces deux ports; à Toulon, à des travaux d'art, à des métiers qui ne les laissent pas sans ressource au moment de leur libération[4].

Toutefois Cambacérès ajoutait : « Les peines sont du domaine de la loi, et ne doivent jamais dépendre de l'administration. Il ne faut

[1] Cass. 23 déc. 1829, Journ. du dr. crim. 1830, p. 176.

[2] Voyez *suprà*, n° 47 et suiv.

[3] Locré, t. 29, p. 118 et 161.

[4] Rapport au roi, du ministre de la marine, du 20 août 1828, Moniteur du 22 août 1828.

pas de disposition vague qui permette à chaque administrateur de traiter les condamnés comme il lui plaît. Du moins convient-il de lier les administrations par quelques règles, et de les circonscrire dans certaines limites [1]. » De là la deuxième partie de l'article 15, portant : « Ils (les condamnés) traîneront à leurs pieds un boulet, ou seront attachés deux à deux avec une chaîne, lorsque la nature du travail auquel il seront employés le permettra. » Mais la loi a omis de prescrire s'ils doivent être employés dans l'intérieur des maisons de force ou dans les ports et arsenaux : l'article 6 du titre 1er du code pénal de 1791 autorisait l'un et l'autre mode d'exécution. Il nous paraît qu'aujourd'hui encore, l'administration pourrait assigner aux condamnés de cette classe des travaux d'une autre nature dans l'intérieur d'une maison de force. Au reste, une loi du 2 brumaire an IV a réglé la police des chiourmes, et l'ordonnance du 20 août 1828, aujourd'hui abrogée, avait introduit, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, d'heureuses améliorations dans le régime des bagnes, en séparant les condamnés d'après la durée de la peine qu'ils ont à subir [2].

L'article 6 du titre 1 du code de 1791 portait que les travaux seraient exécutés *au profit de l'État*. Le code pénal n'a point reproduit cette disposition, et M. Carnot paraît conclure de cette omission que les produits des travaux doivent être appliqués aux besoins des condamnés [3]. Mais il suffit, pour établir l'opinion contraire, de rapprocher l'article 15 des articles 21 et 41. Le premier de ces articles n'attribue aux condamnés aux travaux forcés aucune partie quelconque du produit de leur travail ; l'art. 21 laisse au contraire au gouvernement la faculté d'en attribuer une partie au profit des condamnés à la reclusion ; enfin, d'après l'article 41, les condamnés à l'emprisonnement ont droit aux deux tiers de ces produits. Ces dispositions diverses révèlent un système unique, qui est la progression des profits en

[1] Locré, t. 29, p. 118 et 161.

[2] *Voyez* néanmoins sur cette ordonnance les articles de M. Charles Lucas, Globe du 30 août 1828, et Gazette des Tribunaux des 12, 25, 29 oct. 1828.

[3] Comment. du cod. pén., t. 1, p. 79.

raison inverse de la gravité de la peine; sa conséquence semble être la privation totale des produits pour les condamnés à la peine la plus grave, à celle des travaux forcés.

109. [[Ce mode d'exécution de la peine des travaux forcés a été changé par la loi du 30 mai 1854. Aux termes de l'art. 1er de cette loi, cette peine doit être subie à l'avenir dans des établissements créés sur le territoire d'une ou de plusieurs possessions françaises autres que l'Algérie. Les articles 2 et 3 portent que « les condamnés seront employés aux travaux les plus pénibles de la colonisation et à tous autres travaux d'utilité publique. Ils pourront être enchaînés deux à deux et assujettis à traîner le boulet à titre de punition disciplinaire ou par mesure de sûreté. » Les femmes condamnées aux travaux forcés pourront, aux termes de l'article 4, être conduites dans un des établissements créés aux colonies; elles seront séparées des hommes et employées à des travaux en rapport avec leur âge et leur sexe. L'article 6 déclare que « tout individu condamné à moins de huit années de travaux forcés sera tenu, à l'expiration de sa peine, de résider dans la colonie pendant un temps égal à la durée de sa condamnation. Si la peine est de huit années, il sera tenu d'y résider toute sa vie. » L'article 10 ajoute que « tous crimes ou délits commis par les condamnés seront jugés par un tribunal maritime spécial établi dans la colonie. » L'article 11 autorise le gouvernement à accorder aux condamnés qui se seront rendus dignes d'indulgence par leur bonne conduite, leur travail et leur repentir : 1° la permission de travailler soit pour les habitants de la colonie, soit pour les administrations locales; 2° une concession de terrain et la faculté de le cultiver pour leur propre compte. Le gouvernement peut également accorder : 1° aux condamnés, l'exercice des droits civils dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale; 2° aux libérés qui restent dans la colonie et qui peuvent obtenir des concessions provisoires ou définitives de terrains, l'exercice des droits dont ils sont privés par les 3e et 4e § de l'article 34. L'article 14, enfin, applique ces dispositions, excepté celles de l'article 6, aux condamnations et aux crimes antérieurement intervenus.]]

110. L'article 21 n'a point qualifié la nature des travaux des re-

clusionnaires. « Tout individu de l'un ou l'autre sexe, porte cet article, condamné à la peine de la reclusion, sera enfermé dans une maison de force, et employé à des travaux dont le produit pourra être en partie appliqué à son profit, ainsi qu'il sera réglé par le gouvernement. » L'article 10 de l'ordonnance du 2 avril 1817 porte également : « Il y aura dans toutes les maisons centrales de détention des ateliers de travail. » En général, chaque condamné doit donc avoir la faculté, autant que la police de la prison peut le permettre, de travailler à l'art qu'il professe habituellement. Nous remarquerons ici que l'article 11 de la même ordonnance attribue aux condamnés les deux tiers du produit de leur travail : cette disposition nous paraît contraire à l'esprit du code pénal, qui évidemment, ainsi qu'on l'a dit plus haut, n'a pas voulu mettre sur la même ligne les condamnés à la reclusion et à l'emprisonnement. [[Elle a été modifiée par l'ordonnance du 27 décembre 1843, qui, en prescrivant une nouvelle répartition du produit du travail des détenus, a fait, nous le croyons, trop étroite la part qui revient à ceux-ci, et n'a pas assez prévu la nécessité de leur assurer à leur sortie un pécule qui fût assez considérable pour couvrir leurs premiers besoins.]]

111. Une mesure commune à toutes les peines afflictives ou infamantes est l'impression par extrait des arrêts qui les prononcent[1]. Cette mesure, bien qu'elle puisse être considérée comme une forme de l'exécution, a cependant un véritable caractère pénal, et elle diffère sous ce rapport de l'affiche des jugements que les tribunaux correctionnels et de police ordonnent dans certains cas, à la demande de la partie plaignante, mais seulement à titre de réparation civile[2]. L'article 26 de la loi du 26 mai 1819 fait toutefois exception, à cet

[1] Article 36. « Tous arrêts qui porteront la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité et à temps, la déportation, la détention, la reclusion, la dégradation civique et le bannissement, seront imprimés par extrait. — Ils seront affichés dans la ville centrale du département, dans celle où l'arrêt aura été rendu, dans la commune du lieu où le délit aura été commis, dans celle où se fera l'exécution et dans celle du domicile du condamné. »

[2] *Voy.* cass. 23 mars 1811, 22 oct. 1812, et 25 mars 1813.

égard, relativement aux délits commis par voie de publication; mais, dans ce cas, l'impression ou l'affiche des arrêts est une mesure facultative que les juges peuvent ordonner aux frais du condamné. L'art. 6 de la loi du 27 mars 1851 autorise également l'affiche des jugements en matière de fraude dans la vente des marchandises.

Les arrêts étaient d'abord imprimés en entier; l'arrêté du 2 pluviôse an V prescrivit un mode de publication plus économique : on se borna à en dresser un état sommaire et mensuel; et le code pénal a sanctionné cette mesure en prescrivant leur impression *par extrait*. On est aujourd'hui dans l'usage de réunir les extraits des arrêts dans un seul placard qui est affiché tous les trimestres dans chaque département. Les arrêts rendus en matière de presse doivent également être affichés *par extrait*, quoique l'article 26 de la loi du 26 mai 1819 ne se soit pas expliqué à cet égard. L'art. 6 de la loi du 27 mars 1851 prescrit la publication intégrale ou par extrait. Les articles 104, 105 et 106 du décret du 18 juin 1811 règlent au surplus le mode d'impression et d'affiche de ces extraits [1].

112. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de l'application matérielle de la peine; il faut examiner maintenant les difficultés qui peuvent s'élever dans le cours de son exécution.

Un principe qui domine cette matière est que les peines ne peuvent être subies que dans les lieux légalement et publiquement désignés par l'administration pour leur exécution [2]. Quels sont ces lieux? La loi a toujours soigneusement séparé les maisons d'arrêt ou de justice, qui sont destinées aux prévenus ou accusés, et les *prisons* établies pour l'exécution des peines [3]. Le code pénal a rangé dans cette der-

[1] *Voy.* le commentaire de ces articles dans le Traité des frais de M. de Dalmas, p. 9, 18 et 294.

[2] « Nul homme, dans le cas où sa détention est autorisée par la loi, ne peut être conduit que dans les lieux légalement et publiquement désignés par l'administration du département pour servir de maison d'arrêt, de maison de justice ou de *prison*. » L. du 16-29 sept. 1791, tit. 14, art. 2.

[3] L. 16-29 sept. 1791; cod. du 3 brum. an IV; cod. d'inst. crim., art. 603 et 604.

nière classe : les *maisons de correction*, pour les condamnés à la peine d'emprisonnement (art. 40); les *maisons de force*, pour les condamnés à la reclusion, ainsi que pour les femmes et les septuagénaires condamnés aux travaux forcés (art. 16, 21 et 72); enfin les *forteresses*, pour les condamnés politiques (art. 20).

Mais cette classification n'a pas été exactement conservée. L'ordonnance du 2 avril 1817, en instituant les maisons centrales de détention, a réuni dans ces établissements les maisons de force et les maisons de correction, ou du moins y a confondu, avec les condamnés à des peines afflictives et infamantes, tous ceux qu'un simple emprisonnement correctionnel de plus d'une année a frappés. A la vérité, cette ordonnance avait à la fois prescrit la séparation, dans les maisons centrales, de ces deux classes de condamnés; mais cette division importante n'a nulle part été exécutée. Ainsi la seule classification, déjà bien incomplète, que la loi pénale eût tracée dans sa sollicitude pour la régénération des condamnés, a été renversée.

Les peines doivent être subies sans interruption. Cette règle, qui se reproduit dans toutes les dispositions du code, n'a pas besoin d'être développée. Mais à compter de quel jour commencent-elles à courir? Il est évident que cette question n'a d'intérêt qu'à l'égard des peines temporaires. Avant la loi du 28 avril 1832, les peines des travaux forcés à temps et de la reclusion se comptaient du jour de l'exposition; mais ce mode de calcul avait soulevé de vives réclamations, qui se fondaient sur le retard que cette exposition n'éprouvait que trop souvent; d'ailleurs, cette peine accessoire étant devenue facultative, il a fallu changer le point de départ de la peine principale. L'article 23 a donc prescrit que « la durée des peines temporaires comptera du jour où la condamnation sera devenue irrévocable. »

Cette disposition n'a fait que rappeler une proposition de la commission du corps législatif, dans la discussion du code pénal de 1810: « La commission fait observer qu'il peut arriver que l'exposition soit retardée par la négligence de ceux qui doivent la faire exécuter, ou par une longue maladie du condamné; en sorte que la durée de la peine se trouverait accrue par des circonstances indépendantes de lui.

Comme l'article 33 contient une disposition de même nature pour le bannissement, il paraît qu'il serait à propos de supprimer l'article 23, et de le comprendre dans l'article 33, qui serait rédigé ainsi qu'il suit : « La durée de la peine des travaux à temps, de la reclusion et du bannissement, se comptera du jour où l'arrêt sera devenu irrévocable[1]. » Cette proposition, qui ne fut point alors accueillie, est passée textuellement dans la loi du 28 avril 1832.

Un arrêt devient irrévocable lorsqu'il n'existe plus aucun moyen légal d'en obtenir la réformation ; mais cette règle si claire peut donner lieu à quelques difficultés dans l'application. Ainsi, lorsque le condamné ne forme aucun pourvoi contre l'arrêt qui l'a frappé, de quel jour cet arrêt est-il empreint d'un caractère d'irrévocabilité ? est-ce du jour même de sa date? est-ce du jour de l'expiration des délais du pourvoi? On peut dire, pour la première opinion, que le pourvoi n'est qu'une faculté ; que, si le condamné a renoncé à s'en servir, l'irrévocabilité de l'arrêt doit remonter au jour où il a été rendu ; qu'on ne doit pas faire tourner à son préjudice un délai qui a été mesuré en sa faveur et dans son intérêt. Mais cette considération n'est pas décisive : l'arrêt ne devient irrévocable que par l'expiration des trois jours pendant lesquels le pourvoi peut être exercé ; ce n'est donc que du jour où cette faculté est épuisée, soit pour l'accusé, soit pour le ministère public, qu'aux termes de l'article 23, la peine doit commencer à courir ; et comme la cour de cassation juge constamment que le délai de *trois jours francs*, fixé par l'article 373 du code d'instruction criminelle pour les pourvois, ne comprend ni le jour où l'arrêt est prononcé, ni le dernier des trois jours qui ont suivi cette prononciation[2], il suit que l'arrêt ne devient irrévocable, et par conséquent que la durée de la peine ne doit compter qu'à partir du cinquième jour de la date de cet arrêt.

[1] Observ. de la commission du corps législ. du 16 déc. 1809, Locré, t. 29, p. 179.

[2] Arr. 7 déc. 1832 et 8 nov. 1834, Journ. du dr. crim., art. 1033 et 1477.

Mais, s'il y a eu pourvoi, et qu'un arrêt de rejet soit intervenu, c'est évidemment du jour de la prononciation de cet arrêt que la peine doit être comptée, puisque c'est de ce jour que l'arrêt de condamnation a acquis un caractère irrévocable.

Faut-il distinguer entre le pourvoi de l'accusé et celui du ministère public? En cas de rejet du pourvoi formé par ce dernier seulement, la peine doit-elle remonter au jour où elle serait devenue irrévocable si le pourvoi n'avait pas eu lieu? Quoique la condition du condamné soit réellement aggravée à la suite de ce pourvoi jugé téméraire, il serait difficile de se déterminer pour l'affirmative. Le ministère public n'a fait, en exerçant son recours, qu'user d'un droit que la loi lui attribuait, et ce n'est que lorsque cette voie de recours est épuisée que l'arrêt devient irrévocable. La règle est générale, et l'exception que l'article 24 a consacrée, et que nous expliquerons tout à l'heure, ne fait que la confirmer dans le cas qui nous occupe.

Quelques magistrats avaient pensé que la règle établie par l'article 23 devait s'appliquer aux individus détenus à l'époque de sa promulgation, et dont la condamnation était antérieure à la loi du 28 avril 1832; ils se fondaient sur ce que le principe de non-rétroactivité des lois n'est établi que dans l'intérêt des citoyens, et qu'on ne peut l'invoquer quand il s'agit d'une loi de faveur dont l'application, même rétroactive, ne lèse aucun intérêt. Mais on doit remarquer que le principe qui permet de faire remonter à des faits antérieurs à leur promulgation, des lois pénales plus douces que celles qu'elles remplacent, ne s'applique qu'au cas où les faits sont encore à juger [1]. Or il s'agissait ici d'arrêts qui, avant la publication de la loi nouvelle, avaient revêtu irrévocablement le caractère de la chose jugée. Ce ne pouvait donc être que par un effet vraiment rétroactif qu'on eût appliqué aux peines dont l'exécution était déjà commencée un autre mode de computation que celui que l'ancien code avait établi.

[1] A moins qu'il ne s'agisse d'une simple mesure de sûreté, telle que la surveillance, dont l'exécution est, d'ailleurs, purement facultative dans les mains de l'administration. Voy. *suprà*, n° 75.

113. L'exécution des peines n'est pas exempte de difficultés, lorsque plusieurs condamnations pèsent à la fois sur le même individu. Car ces peines doivent-elles successivement être subies? Faut-il, au contraire, les confondre les unes dans les autres? et dans quelles limites doit se consommer cette absorption?

Il est, avant tout, évident que si le fait qui a motivé la deuxième peine a été commis postérieurement à la première condamnation, si, en un mot, le condamné est en récidive, aucune difficulté ne peut se présenter : les deux peines doivent se cumuler dans leur exécution. Ce n'est donc que dans le cas où l'accusé a été successivement mis en accusation et condamné pour des faits antérieurs au premier arrêt, que le doute peut s'élever sur l'existence légale de ces différentes peines.

La loi n'a point posé de règle générale : deux espèces seulement ont été prévues dans les articles 365 et 379 du code d'instruction criminelle; le premier de ces articles pose le cas où l'accusé, soumis dans les mêmes débats à plusieurs accusations, est déclaré convaincu de plusieurs crimes, et il décide que la peine la plus forte sera seule prononcée. Le deuxième règle une seconde hypothèse, celle où l'accusé est inculpé dans le cours des débats d'un nouveau crime, et il déclare qu'il n'y a lieu d'instruire sur le crime nouvellement manifesté qu'autant qu'il mérite une peine plus grave que le premier. Mais de ces deux solutions particulières s'élève ce principe général, dont elles ne sont que des corollaires, qu'en subissant la peine la plus forte, le coupable expie tous les crimes passibles d'une peine de la même nature ou d'une moindre gravité que celle qui lui est appliquée.

Cette règle se justifie par de hautes considérations de justice et d'humanité. Lorsqu'un individu s'est rendu coupable de plusieurs crimes avant d'avoir été l'objet d'une poursuite, la justice doit s'imputer la lenteur ou l'impuissance de son action : si le coupable avait été saisi après son premier crime, s'il avait reçu le solennel avertissement d'une première condamnation, peut-être n'eût-il pas commis les crimes auxquels il a été entraîné; l'inaction de la justice a, en quelque sorte, atténué ses fautes. Et puis la défense sociale ne

demande qu'une peine; une seule peine suffit à l'expiation des crimes commis, les autres ne seraient qu'une inutile rigueur.

On retrouve des traces de ce principe dans les législations étrangères. C'est ainsi que le code pénal d'Autriche dispose (art. 28) que : « si un délinquant est coupable de plusieurs délits de différentes espèces, on doit le punir pour le délit qui entraîne la peine la plus grave, en ayant néanmoins égard aux autres délits. » Et l'article 57 du code prussien est ainsi conçu : « S'il y a concours de plusieurs peines afflictives, il faut augmenter ou prolonger celle du plus grave des délits à punir. » Le code du Brésil, au contraire, nous paraît empreint d'une singulière dureté, lorsqu'il prescrit l'exécution des diverses peines, « l'une après l'autre, en commençant et en continuant de la plus forte à la moindre (art. 61). »

Le principe posé, arrivons à son application. Nous n'avons point à nous occuper ici de l'influence que ce principe doit exercer sur l'action publique et sur les poursuites qui peuvent être dirigées postérieurement à la première condamnation[1], mais seulement de ses effets sur l'exécution des peines prononcées.

La cour de cassation n'a point cessé de suivre un système qui peut se résumer en peu de mots. Si les diverses peines encourues par le même condamné sont d'une nature différente, par exemple cinq ans de travaux forcés et cinq ans de reclusion, elle décide que *la plus forte* de ces peines, celle des travaux forcés, doit seule être exécutée[2]. Mais si les deux peines sont de la même nature, par exemple huit ans, puis douze ans de travaux forcés, elle juge, au contraire, qu'elles doivent être subies cumulativement jusqu'à concurrence du maximum de la peine[3]. Ainsi, dans la première hypothèse, elle ne permet d'exécuter que la plus grave des peines

[1] *Voyez*, à cet égard, De l'humanité dans les lois criminelles, p. 163.

[2] Cass. 29 juin 1821, Bull. n° 103; 15 oct. 1825, Bull. n° 207; 29 juill. 1826, Bull. n° 146; 29 déc. 1826, Bull. n° 264; 6 avril 1827, Bull. n° 73; 19 sept. 1828, Bull. n° 270; 26 mai 1831, Journ. du dr. crim., p. 221.

[3] Cass. 27 fév. 1824, Bull. n° 34; 6 août 1824, Bull. n° 102; 8 oct. 1824.

prononcées; dans l'autre, elle en autorise le cumul. Là, par la peine *la plus forte*, elle entend la plus grave des peines encourues, ici le maximum de la peine applicable [1].

A cette jurisprudence peu satisfaisante nous opposerons une théorie qui nous paraît simple et rationnelle : c'est l'application du même principe à l'exécution de toutes les peines, soit qu'elles diffèrent ou se rapprochent par leur nature; car, à l'égard de toutes, il est empreint de la même puissance de raison. Qu'importe, en effet, que les deux peines encourues par le même condamné soient celles des travaux forcés et de la reclusion, ou deux applications successives de l'une de ces peines seulement? Dans l'un et l'autre cas, n'y a-t-il pas deux peines distinctes? et le vœu de la loi n'est-il pas de n'en exécuter qu'une seule? S'il y a cumul lorsqu'on réunit la reclusion aux travaux forcés, comment ce cumul s'effacerait-il lorsqu'on réunit les travaux forcés aux travaux forcés?

L'erreur prend sa source dans l'interprétation donnée aux mots *la peine la plus forte* de l'article 365. Ce que la loi a évidemment entendu, selon nous, c'est *la plus forte* des peines encourues par les différents crimes, la plus forte comparée à ces autres peines, celle que le crime le plus grave a motivée. Sans doute la cour d'assises avait la faculté d'épuiser le *maximum* de cette peine, si le coupable méritait cette sévérité; mais si elle ne l'a pas fait, la peine qu'elle a mesurée doit seule être appliquée, parce que la loi l'a jugée suffisante pour expier les différents crimes; et c'est contredire ce vœu clairement manifesté que de faire concourir, par des poursuites postérieures, les autres crimes à aggraver cette peines jusqu'à l'épuisement de son *maximum*, sous prétexte que *la peine la plus forte* c'est le *maximum* de la peine.

La conséquence de la doctrine que nous combattons en démontre au surplus l'erreur; car elle fait dépendre la cumulation des peines,

[1] Cass. 18 oct. 1845, Bull. nº 328; 15 juin 1850, *ibid.* nº 199; 10 mai 1855, *ibid.* nº 160; 18 janv. 1850, *ibid.* nº 25; 5 août 1842, *ibid.* nº 191; 25 août 1842, nº 219.

c'est-à-dire l'aggravation du sort du condamné, non du caractère plus ou moins immoral des crimes, mais d'un fait qui lui est étranger, du hasard qui lui a fait infliger des peines d'une même nature. Ainsi, déjà condamné à cinq ans de reclusion, si l'accusé encourt une deuxième fois cinq ans de la même peine, ces deux peines seront cumulées dans leur exécution, parce que, réunies, elles n'excèdent pas le *maximum* de la reclusion. Si, au contraire, le crime nouvellement découvert a mérité cinq ans de travaux forcés, il ne subira que cette dernière peine, parce qu'en vertu du principe de la non-cumulation des peines, elle absorbe la première qui est la moins grave. Mais n'est-il pas impossible d'admettre cette diversité de solution pour un même cas, cette justice à deux faces pour le même degré de moralité, cette peine simple ou double, suivant que le condamné a été atteint de deux condamnations semblables ou dissemblables?

Il nous paraît donc que la règle qui défend la cumulation des peines doit recevoir une application uniforme dans toutes les espèces, et que par conséquent l'accusé, frappé de plusieurs condamnations successives, à raison de faits antérieurs à la première, ne doit subir qu'une seule peine, la plus grave de celles qu'il a encourues, abstraction faite de leur nature et de leur analogie. Ainsi, lorsque cet accusé a été condamné, comme dans l'espèce de l'arrêt du 6 août 1824, d'abord à huit ans, ensuite à douze ans de travaux forcés, il ne faut pas, comme le décide cet arrêt, grouper ces deux peines pour n'en former qu'une seule de vingt ans, mais y voir ce qu'elles sont, deux peines distinctes, applicables à deux crimes divers, et n'exécuter que la plus forte, celle de douze ans de travaux forcés, attendu, comme la cour de cassation l'a dit ailleurs [1], que « la peine applicable au crime le plus grave fait expier tous les autres crimes. »

Toutefois il est nécessaire de réserver une exception pour le cas où la cour d'assises a formellement énoncé l'intention de réunir dans

[1] Cass. 20 juill. 1826, Bull. nº 146.

l'exécution deux peines de la même nature; car le vœu de la loi, exprimé par les articles 365 et 379 du code d'instruction criminelle, est que les divers crimes soient réunis dans une même poursuite, afin que la cour d'assises, qui ne peut alors prononcer qu'une seule peine, puisse la mesurer sur l'ensemble de la conduite du prévenu. Or, si la position de l'accusé ne doit pas être aggravée par des poursuites à dessein multipliées, il ne faut pas non plus que la division quelquefois indispensable de ces poursuites lui soit profitable, en dérobant à la justice une partie de sa moralité. La cour d'assises conserve donc, lorsque l'accusé reparaît devant elle pour un fait antérieur au premier jugement, la faculté d'aggraver sa première peine jusqu'au maximum, car elle avait ce droit sur la première accusation; elle l'aurait eu, à plus forte raison, si les deux accusations avaient été réunies : elle ne peut donc en être privée parce qu'elles ont été séparées [1]. Mais cette hypothèse ne peut que rarement se présenter, puisque l'accusé, déjà condamné, ne peut être remis en jugement pour un fait antérieur, qu'autant que ce fait serait passible d'une peine plus grave que la première [2].

114. Une difficulté sérieuse est de savoir quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les questions qui naissent dans le cours de l'exécution des peines. Ainsi, deux arrêts successifs, contre lesquels le condamné ne s'est pas pourvu, lui infligent l'un et l'autre six ans de reclusion, pour faits antérieurs à la première condamnation; ainsi encore, un autre condamné encourt, pendant la durée de sa peine et par récidive, une autre peine plus forte que la première; enfin, il s'élève des difficultés à l'égard d'un troisième sur l'époque de sa libération. A quelle autorité appartient-il de faire rentrer cette peine dans les limites légales, de fixer le jour où celle-là a dû commencer, où celle-ci doit s'achever?

La loi a chargé le ministère public du soin de faire exécuter les

[1] *Voyez*, dans ce sens, cass. 15 mars 1828, Bull. nº 88; 17 avril 1832, *ibid.* nº 148; 2 août 1833, *ibid.* nº 298; 4 juin 1836, *ibid.* nº 181.

[2] *Voyez*, sur ce dernier point, Traité de l'instr. crim., t. 3, p. 656.

condamnations (art. 197 et 376 du code d'instruction criminelle); et de cette attribution générale la cour de cassation a induit qu'il appartenait aux magistrats qui sont investis de ces fonctions, de résoudre les questions qui s'élèvent dans l'exécution des peines. « Ce n'est point aux tribunaux, porte un arrêt du 6 avril 1827, qu'il appartient de pourvoir à l'exécution de la condamnation prononcée; la loi s'est reposée, quant à ce soin, sur les officiers du ministère public, et à la charge par eux de ne pas s'écarter des dispositions de la loi[1]. »

Nous admettons également ce pouvoir, en le renfermant toutefois dans de certaines limites. L'exécution d'un arrêt, tant qu'elle ne donne lieu à aucune contestation, est une opération purement administrative. Il rentre donc dans les attributions du ministère public, chargé de la surveiller, de statuer sur toutes les difficultés qu'elle présente. Ainsi, nul doute qu'il ne puisse fixer soit l'époque où la peine expire, soit le mode de son exécution.

Mais s'il y a réclamation de la part du condamné, si le ministère public s'écarte des dispositions de la loi, s'il s'élève un incident contentieux, faut-il se borner à la seule interprétation de ce magistrat? Le ministère public pourrait-il donc, de sa seule autorité, aggraver la position d'un condamné par l'interprétation rigoureuse d'un arrêt obscur, ou de deux condamnations contradictoires? La loi n'a nulle part consacré un tel pouvoir, une juridiction aussi extraordinaire. Dès qu'il y a contestation, la compétence du ministère public expire, et c'est alors au seul pouvoir duquel émane l'arrêt, qu'il appartient soit de l'interpréter, soit de prononcer sur les incidents contentieux que son exécution fait naître.

Cette limite apportée au pouvoir du ministère public a été sanctionnée par la cour de cassation elle-même. Le principe en est posé avec une grande précision dans un arrêt du 23 février 1833[2], qui

[1] Sir., 27-1-516; et cass. 20 juillet 1827, Sir., 27-1-532.

[2] Journ. du dr. crim. 1833, p. 137; et arr. Paris 15 juill. 1833, *ibid*, p. 191.

porte que : « si le ministère public est exclusivement chargé de l'exécution des jugements, les questions qui s'élèvent à l'occasion de cette exécution, soit quant à la prescription, soit quant à la remise, soit quant à l'expiation de la peine, présentent un caractère contentieux qui devient l'accessoire de l'action publique, et doivent suivre le sort de cette action et être portées devant les juges compétents pour décider sur le principal. »

Ainsi donc, toutes les fois que les questions présentent un caractère contentieux, le pouvoir administratif dont est investi le ministère public cesse, et la juridiction dont émane la condamnation se ressaisit pour statuer sur l'incident; dans les autre cas, le ministère public conserve, comme une conséquence de l'obligation de faire exécuter, le pouvoir de résoudre les incidents relatifs à cette exécution. C'est de cette distinction que découle la règle qui doit servir à vider les difficultés qui surgissent incessamment dans cette matière.

§ II.

De l'exécution des peines correctionnelles.

113. Nous ne parlerons dans ce paragraphe que de la peine d'emprisonnement : celle de l'amende se confond, quant à son exécution, avec les autres peines pécuniaires, et nous renvoyons en conséquence les questions qui s'y rattachent au troisième paragraphe de ce chapitre.

Nous avons à examiner de quel jour la peine de l'emprisonnement commence à courir, dans quelles maisons elle doit être subie, et quelles sont les règles applicables aux incidents contentieux qui peuvent s'élever dans le cours de son exécution.

On a vu précédemment (n° 112) qu'un principe général est que la durée des peines temporaires compte du jour où la condamnation est devenue irrévocable (art. 23 du code pénal). Cependant ce principe n'a point été adopté sans que de vives réclamations n'aient protesté contre la disposition qui ne compte en rien dans la durée de la peine

l'emprisonnement préalable qui souvent a excédé cette durée. « Le projet de loi, a dit M. Dumon dans son rapport, n'a pu faire entièrement droit à ces réclamations. L'emprisonnement préalable est un tribut que chacun paye à la sécurité de tous; l'innocent qu'une détention préalable a frappé ne peut obtenir aucune réparation. Traitera-t-on le coupable avec plus de faveur? D'ailleurs l'emprisonnement préalable diffère trop de la plupart des peines, pour qu'on puisse l'assimiler avec elles et le précompter sur leur durée. Quel rapport y a-t-il, par exemple, entre l'emprisonnement préalable et les travaux forcés? Votre commission adhère donc au principe posé par le projet de loi, que la durée des peines temporaires ne compte que du jour où la condamnation est devenue irrévocable. »

Mais ce dernier argument n'avait aucune force à l'égard du simple emprisonnement. Aussi la loi a-t-elle admis une exception relative à cette peine. « Votre commission, continuait le rapporteur, approuve l'exception introduite à l'égard des condamnations à l'emprisonnement correctionuel, qui courront du jour même de la condamnation, lorsque l'appel, ou le pourvoi qui en suspend l'exécution, n'émane pas du condamné. Elle vous propose d'étendre cette exception même au cas où le condamné se pourvoit en appel ou cassation, quand la peine est réduite sur ce pourvoi. S'il est juste que le condamné ne souffre pas du recours que le ministère public exerce, il est juste aussi qu'il ne souffre pas du recours qu'il a dû exercer, et dont l'événement démontre la justesse. »

116. De là l'article 24 ainsi conçu : « Néanmoins, à l'égard des condamnations à l'emprisonnement, prononcées contre des individus en état de détention préalable, la durée de la peine, si le condamné ne s'est pas pourvu, comptera du jour du jugement ou de l'arrêt, nonobstant l'appel ou le pourvoi du ministère public, et quel que soit le résultat de cet appel ou de ce pourvoi. Il en sera de même dans le cas où la peine aura été réduite, sur l'appel ou le pourvoi du condamné. »

On doit remarquer, d'abord, que le bénéfice de cet article, tout à fait exceptionnel, ne s'applique qu'aux condamnés qui sont *en état de*

détention préalable. Ceux qui ont conservé leur liberté demeurant sous l'empire du droit commun, la loi n'a dû abréger les lenteurs de cette détention qu'en faveur de ceux qui la subissaient : la peine, à l'égard des autres, ne peut compter que du jour de l'écrou.

L'article est également inapplicable aux condamnés qui ont formé soit un appel, soit un pourvoi, si la peine qu'ils ont encourue n'a pas été réduite sur cet appel ou d'après l'événement de ce pourvoi. Cette peine ne commence alors à courir que du jour où la condamnation est devenue définitive. Un amendement avait été proposé, dans la discussion de la loi du 28 avril 1832, pour faire remonter dans tous les cas la peine au jour du jugement. On disait à l'appui : l'appel ou le pourvoi appartient au prévenu comme au ministère public ; toutefois l'article aura pour effet d'en gêner l'exercice en faisant craindre au prévenu que sa peine ne soit prolongée par l'événement de ce recours. Il faut qu'il soit libre de ces préoccupations, ou la voie que lui ouvre la loi pour obtenir la réforme du premier jugement deviendrait illusoire. Cet amendement a été repoussé : le condamné ne peut se plaindre, a-t-on répondu, de ce qu'un appel qu'il a pu empêcher vienne allonger sa détention : cet appel est son fait personnel ; il a dû en calculer les avantages et les inconvénients. D'ailleurs, si l'on attachait à l'appel du condamné la même faveur qu'à celui du ministère public, il ne manquerait jamais d'appeler, certain d'avance que les délais de cette instance seraient imputés sur sa peine, et de là une foule de recours capricieux qu'on doit éviter.

Le système de la loi est, du reste, simple et facile à formuler. Elle distingue entre le recours du ministère public et celui du prévenu. Dans le premier cas, quel que soit le résultat de ce recours, la peine court du jour de la condamnation. Dans le second, au contraire, c'est le résultat du recours qui fixe le point de départ de la peine : si ce résultat justifie la démarche du condamné, si la peine est réduite, elle remonte au jour de la condamnation ; si le recours est jugé mal fondé, si la peine est maintenue ou aggravée, elle ne compte que du jour où cette condamnation devient définitive.

Un député avait demandé que l'on prévît dans l'article 24 le cas

du pourvoi comme celui de l'appel, en ajoutant ces mots : *si le condamné n'a pas interjeté appel ou ne s'est pas pourvu*. Mais M. Parant a expliqué que l'intention de la commission avait été de placer l'appel et le pourvoi sur la même ligne, et que dans l'expression *pourvu* elle avait voulu comprendre ces deux voies de recours [1]. Ainsi ce point est hors de question.

Posons maintenant quelques hypothèses. Le ministère public appelle seul d'un jugement qui condamne un prévenu à six mois d'emprisonnement, et ce jugement est maintenu purement et simplement par la cour impériale : nulle doute que la peine ne dût remonter au jour du premier jugement. Mais le condamné se pourvoit contre l'arrêt, et son pourvoi est rejeté : la peine comptera-t-elle du jour du jugement ou de l'arrêt? Du jour de l'arrêt seulement, car il a perdu par ce pourvoi le bénéfice de son premier acquiescement. Supposons, au contraire, que l'arrêt ait été cassé, et que la peine soit réduite par les juges saisis par le renvoi de l'affaire : cette peine devra courir encore du jour de l'arrêt attaqué, car par ces mots de l'article **24**, *à compter du jugement ou de l'arrêt*, la loi évidemment a voulu parler du jugement ou de l'arrêt contre lequel l'appel ou le pourvoi a été dirigé. Supposons encore que la peine ait été aggravée ou maintenue, elle ne courrait que du jour de l'arrêt qui la maintient ou l'aggrave. [[Que si le prévenu, après avoir formé soit un appel, soit un pourvoi, s'est désisté, la peine ne court, au cas de l'appel, que du jour qu'il a été donné acte du désistement, « attendu que l'appel en matière correctionnelle a pour effet, non-seulement d'arrêter l'exécution du jugement, mais de remettre en question, devant la juridiction supérieure, les faits soumis à l'appréciation des premiers juges [2]; » mais elle court, au contraire, à partir du jour du jugement, au cas de pourvoi, attendu que la cour de cassation, quand elle donne acte à un condamné de son désistement, déclare que son pourvoi sera *réputé non avenu;* qu'il en résulte qu'il

[1] Code pénal progressif, p. 147.
[2] Cass. 12 nov. 1855, Bull. n° 367.

se trouve dans le même état que si ce pourvoi n'avait pas existé [1]. Cette décision est fondée sur la brièveté du délai de ce dernier cas, qui ne permet pas au demandeur un examen utile de l'affaire avant son expiration.]] Ces exemples suffiront sans doute pour bien faire saisir le système de l'article 24.

Il nous reste à remarquer que cet article parle des *condamnations à l'emprisonnement*, sans distinguer de quelle juridiction elles émanent. Il faut en conclure que la règle exceptionnelle qu'il pose est applicable aux condamnations qui sont prononcées par les cours d'assises, comme à celles que rendent les tribunaux correctionnels. La peine d'emprisonnement qu'une cour d'assises inflige à un accusé détenu se compte donc du jour de l'arrêt, s'il ne s'est pas pourvu, et, en cas de pourvoi, du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

117. L'article 40 du code veut que tout condamné à la peine d'emprisonnement soit renfermé dans une maison de correction : cette sage disposition, qui a fait nommer cette peine *correctionnelle*, n'est point exécutée. A peine existe-t-il, dans quelques chefs-lieux de département, des maisons de correction. L'administration, se fondant sur ce que le code pénal a établi, pour l'application des peines de la récidive, une différence essentielle entre les condamnés *à un an de prison* et les condamnés *à plus d'un an*, a séparé avec raison ces deux classes de condamnés [2] ; mais, malheureusement, elle ne les a distinguées que pour les confondre avec d'autres catégories, non moins distinctes, de détenus.

Les condamnés *à moins d'un an* subissent la plupart du temps leur peine dans les maisons d'arrêt ou de justice, mêlés avec les prévenus ou les accusés, malgré le vœu formellement exprimé par l'article 604 du code d'instruction criminelle pour la séparation de ces deux classes de détenus ; et les condamnés *à plus d'un an* sont confondus, dans les maisons centrales de détention, avec les con-

[1] Cass. 11 nov. 1829, Bull. n° 121; 23 fév. 1833, *ibid.* n° 174; 4 fév. 1848, 2 juillet 1852, *ibid.* n° 221; 26 mai 1853, *ibid.* n° 188.
[2] Ord. du 6 juin 1830.

damnés à la reclusion ou aux travaux forcés [1]. L'organisation des maisons de correction ne serait pas seulement la stricte exécution du code pénal, elle serait encore une œuvre de morale et d'humanité; elle ferait la gloire du ministre qui l'entreprendrait.

Ce classement n'est pas tellement précis, qu'il ne laisse quelquefois des incertitudes sur la prison où les prévenus doivent être conduits. Ainsi on a demandé si l'individu que frappent deux condamnations qui, réunies, excèdent un an de prison, doit être transféré dans une maison centrale. La négative résulte des motifs sur lesquels repose l'ordonnance du 6 juin 1830 : les condamnés à plus d'un an ne sont transférés dans les maisons centrales que parce qu'ils sont passibles des peines aggravantes de la récidive, et que, sous ce rapport, ils forment une classe à part parmi les condamnés correctionnels. Or, deux ou plusieurs condamnations successives ne produisent pas cet effet, encore bien qu'elles excèdent un an; le condamné qui les a encourues doit donc les subir dans la prison départementale. Mais il devrait sans doute en être autrement, si le condamné à trois ou six mois de prison se trouvait déjà détenu par suite d'une autre condamnation dans une maison centrale; car il n'y aurait aucun danger à le laisser avec une classe de condamnés à laquelle il appartient déjà, et on éviterait ainsi les inconvénients et les dépenses d'une translation. Au reste, on a déjà remarqué que cette séparation est purement administrative, et dès lors rien ne s'oppose à ce que l'administration y déroge.

En général, les jugements et arrêts qui prononcent des condamnations à moins d'un an d'emprisonnement doivent être exécutés dans les lieux mêmes où ils ont été rendus, ou dans la maison de correction du département, s'il en a été établi. Cette règle est une conséquence de l'article 197 du code d'instruction criminelle, qui veut que les procureurs du roi puissent surveiller cette exécution. Elle est une conséquence encore de l'exemplarité dont le législateur a voulu douer la peine; car ce but ne serait pas atteint, si l'exécution n'avait pas pour témoins les lieux mêmes où le délit a été commis, si ce délit

[1] Ord. du 2 avr. 1817, Duvergier, t. 21, p. 177.

n'était pas expié sous les yeux qui l'ont vu commettre. Ce n'est donc qu'avec une grande circonspection, et pour les motifs les plus graves, que l'administration ou le ministère public peut autoriser l'exécution d'une peine dans un autre lieu que celui de la condamnation ; mais cette règle n'est exécutée qu'à l'égard des peines de moins d'un an : l'institution des maisons centrales de détention, qui sont alimentées chacune par plusieurs départements, y dérobe les autres condamnés [1].

118. Nous hésitons à signaler ici un usage que des considérations d'humanité peuvent justifier quelquefois, mais qui n'en constitue pas moins même alors une infraction grave à la loi : des condamnés obtiennent fréquemment, sous prétexte de maladie, leur translation dans des maisons particulières appelées maisons de santé. Aucune disposition légale ne justifie une telle mesure : la loi du 4 vendémiaire an VI, qui a prévu le cas de maladie des détenus, ne permet leur translation que dans des hospices, et à la charge qu'il sera pourvu à leur garde (art. 15 et 16). Les maisons particulières n'offrent aucune des garanties d'un établissement public, et il est visible que la peine est interrompue pendant la résidence des condamnés dans ces maisons. Ces translations sont donc évidemment illégales ; et, si l'on ajoute qu'elles peuvent être accordées avec légèreté, qu'elles le sont toujours par faveur, et que les condamnés qui ont quelque fortune peuvent seuls en profiter, il s'ensuit qu'elles sont encore entachées d'injustice vis-à-vis des autres détenus.

119. Lorsque la condamnation émane du tribunal d'appel, est-ce dans la prison de la résidence de ce tribunal, ou dans celle de la résidence des premiers juges, que la peine doit être subie ? Cette question se résout par une distinction : si les juges d'appel n'ont fait que confirmer purement et simplement le jugement de première instance, c'est en définitive ce dernier jugement qu'il s'agit d'exécuter, et dès lors c'est aux lieux où il a été rendu que la peine doit être subie ; si ce jugement, au contraire, a été modifié dans quelque partie

[1] Voyez *suprà*, p. 234.

par les juges d'appel, la condamnation est le fait de ces juges, elle leur appartient, et c'est alors dans la prison de leur résidence que le condamné doit être écroué.

120. L'exécution des peines appelle dans tous les cas le concours de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative; et, comme les limites de ces deux autorités en cette matière sont mal définies, il en résulte des froissements assez fréquents. Ces difficultés étaient inconnues sous l'ancienne législation, où l'administration des prisons appartenait aux lieutenants généraux des sénéchaussées et bailliages royaux et autres premiers juges des justices ordinaires, chacun dans son ressort [1]. L'assemblée constituante en divisa les attributions, et remit au pouvoir administratif l'administration matérielle de ces établissements, c'est-à-dire la direction de leur police, la surveillance de leur régime et de leur salubrité, la fixation et le payement de leurs dépenses. A côté de ces attributions, la loi a réservé une attribution, pour ainsi dire parallèle, à l'autorité judiciaire : les présidents des assises et les juges d'instruction sont d'abord investis d'un droit d'inspection et de surveillance sur l'administration même des prisons (art. 611 et 613 du code d'instruction criminelle). Mais ce droit devient plus étendu entre les mains du ministère public; la loi le charge spécialement de donner tous les ordres nécessaires pour l'exécution des peines (art. 197 et 376 du code d'instruction criminelle). Or, quelles sont les bornes légales de ce pouvoir? Ce magistrat doit-il requérir seulement la translation des condamnés dans les maisons destinées à l'exécution de leurs peines? Doit-il l'ordonner lui-même directement? Ne peut-il pas du moins faire écrouer le condamné dans telle ou telle maison? Est-ce à lui, est-ce à l'administration qu'il appartient de faire cette désignation?

Cette difficulté ne peut guère se présenter à l'égard des condamnés à plus d'un an de prison, puisque les ordonnances des 2 avril 1817 et 6 juin 1830 ont fixé d'une manière précise les lieux

[1] Déc. 7 fév. 1753; arr. 30 juill. 1678; arr. 1 sept. 1717; arr. cons. 16 mars 1705.

de détention où cette peine doit être subie; mais elle peut s'élever fréquemment dans l'exécution des peines inférieures, et l'on chercherait vainement dans la législation une règle fixe pour la résoudre. De ce silence on doit sans doute inférer que le droit d'ordonner l'exécution d'une peine de moins d'un an, dans telle ou telle prison, peut être exercé concurremment, soit par le ministère public, soit par le préfet. Il est facile d'apercevoir que cette double action doit amener quelque confusion dans la pratique. Une ligne plus nette devrait être tracée entre les deux pouvoirs.

Toutefois la compétence de l'administration cesse nécessairement lorsqu'il s'élève sur l'exécution de la peine quelque incident contentieux ; le ministère public peut seul statuer sur cet incident, sauf au condamné que cette solution concerne à en référer, s'il le juge convenable, aux juges dont la condamnation est émanée. Cette dernière règle, que nous avons établie au sujet de l'exécution des peines afflictives, s'applique entièrement aux peines correctionnelles, et c'est même en cette matière que la cour de cassation l'a consacrée [1].

121. Une autre règle également commune aux peines afflictives et correctionnelles est celle qui prohibe la cumulation de ces peines; l'article 365 du code d'instruction criminelle porte en effet : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou *délits*, la peine la plus forte sera seule prononcée. » Il serait sans objet de reproduire la théorie qui a été exposée dans le précédent paragraphe sur l'application de cet article; les mêmes principes s'appliquent dans toutes les hypothèses. Nous ajouterons cependant quelques brèves observations.

On a vu que la cour de cassation admet la cumulation des peines de la même nature, jusqu'à concurrence du *maximum*, pour des faits antérieurs à la première condamnation. Et l'on doit remarquer, pour l'application de ce système que nous avons combattu, d'abord que le *maximum* de la peine d'emprisonnement n'est que de cinq ans (art. 40, 57 et 58 du code pénal); d'où il suit que les diverses condamnations pour simples délits ne peuvent, quelque graves et

[1] Cass. 23 février 1838, Journ. du dr. crim., p. 157.

nombreux qu'ils soient, excéder cette somme de temps, si le prévenu n'est pas en récidive; ensuite, que si ces délits ne sont passibles que d'un emprisonnement inférieur à cinq ans, s'ils sont punissables, par exemple, de six mois, d'un an ou de deux ans de prison, c'est cette dernière peine, *maximum* de la peine la plus forte, qui devient l'invariable limite de la répression [1].

Mais, resserrée même dans ces bornes, cette doctrine nous semble très-contestable. Nous pensons que le législateur n'a voulu, dans l'hypothèse des articles 365 et 379 du code d'instruction criminelle, n'infliger au prévenu qu'une seule peine pour les divers délits qu'il a commis, et non additionner les peines dont il était passible jusqu'au taux du maximum de la plus forte; que si les juges peuvent épuiser ce *maximum*, il ne s'ensuit pas qu'à leur insu, et peut-être contre leur gré, on puisse accumuler des condamnations isolées; enfin, que la condition du prévenu ne doit pas être empirée, parce qu'il a été soumis à plusieurs accusations, au lieu d'être une seule fois jugé pour tous ses méfaits. Nous n'insistons pas sur ce principe que nous avons développé précédemment.

Nous rappellerons toutefois, en nous appuyant sur des arrêts de la cour de cassation, que le prévenu qui a encouru une condamnation à l'emprisonnement moindre de cinq ans peut être néanmoins poursuivi pour un délit qu'il a commis antérieurement [2]; mais que les juges ont alors la faculté ou d'aggraver la peine jusqu'à cinq ans, pourvu que l'un des délits soit passible de ce *maximum*, ou de ne prononcer aucune peine, en se référant simplement à la première condamnation, si cette première peine leur paraît suffisante pour expier les deux délits [3].

[1] Cass. 18 octobre 1845, Bull. n° 328; 5 nov. 1846, *ibid.* n° 281; 8 juin 1855, *ibid.* n° 201.

[2] Cass. 8 oct. 1821. Bull. n° 133; 10 mai 1835, Bull. n° 160.

[3] Cass. 29 avr. 1832, Journ. du dr. crim., p. 247.

§ III.

De l'exécution des condamnations pécuniaires.

122. Le recouvrement des condamnations pécuniaires s'opère par toutes les voies légales, mais le plus souvent par la voie de la contrainte par corps. La nécessité d'alléger le poids des frais de justice, et le besoin de prêter force à des condamnations qui prennent leur source dans un délit, ont fait maintenir ce mode rigoureux d'exécution, que l'ordonnance de 1670 (tit. 13, art. 29) autorisait également, et que l'assemblée constituante avait conservé [1]. L'article 52 du code pénal n'a donc fait que recueillir un principe préexistant, lorsqu'il a déclaré que « l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, pourra être poursuivie par la voie de la contrainte par corps. »

Mais si cette règle est demeurée invariable dans la législation, il n'en est pas de même de son application. Dans l'ancien droit, la contrainte n'avait de terme que le payement. Dans la législation de l'assemblée constituante, la contrainte était également indéfinie lorsqu'elle était appliquée à des condamnations encourues pour crimes; elle était limitée à un mois si la condamnation avait eu pour objet un simple délit, et que le condamné fût insolvable.

M. Target, dans l'exposé des principes du code pénal, avait dit : « Toutes les fois que la nation est créancière, il convient que la contrainte ait un terme, à partir de l'expiration de la peine corporelle subie par le condamné. Après ce terme, si l'insolvabilité est constante et bien prouvée, la liberté provisoire sera rendue [2]. » Ce principe fut adopté; mais le projet du code n'avait posé de terme à la contrainte,

[1] L. 22 juillet 1791, tit. 1, art. 26; tit. 2, art. 41; l. 28 sept. 1791, tit. 2, art. 5.

[2] Observations de M. Target, Locré, t. 29, p. 27.

en faveur des insolvables, qu'*après trois ans* s'il s'agissait d'une condamnation résultant d'un crime, et *après un an* lorsqu'elle dérivait d'un délit. La commission du corps législatif trouva ces deux termes trop éloignés : « La durée de l'emprisonnement pour cause purement pécuniaire, à l'égard d'individus qui viennent de subir une peine, est excessive, soit en elle-même, soit en la comparant à ce qui s'est pratiqué jusqu'ici. Il n'y aurait dans la disposition du projet aucune proportion entre la durée de la peine du crime ou délit, et la mesure de garantie de l'acquit des condamnations pécuniaires ; et l'on ne peut s'empêcher de convenir que, si le terme d'un mois exigé en ce moment est trop court, ceux de trois ans et d'un an sont trop considérables [1]. » Ce fut d'après ces observations que la rédaction de l'article 53 fut modifiée dans les termes suivants : « Lorsque des amendes et des frais seront prononcés au profit de l'État, si, après l'expiration de la peine afflictive ou infamante, l'emprisonnement du condamné, pour l'acquit de ces condamnations pécuniaires, a duré une année complète, il pourra, sur la preuve acquise par les voies de droit de son absolue insolvabilité, obtenir sa liberté provisoire. La durée de l'emprisonnement sera réduite à six mois s'il s'agit d'un délit ; sauf, dans tous les cas, à reprendre la contrainte par corps, s'il survient au condamné quelque moyen de solvabilité. »

Ainsi la théorie du code se résumait dans ces deux règles : durée illimitée de la contrainte, 1° si la condamnation pécuniaire était prononcée au profit d'une partie civile, 2° si cette condamnation était prononcée au profit de l'État, et que l'insolvabilité du condamné ne fût pas justifiée ; durée limitée soit à un an, soit à six mois, suivant que la condamnation dérivait d'un crime ou d'un délit, lorsque le condamné justifiait d'une insolvabilité absolue. Le même principe, la même distinction se retrouvent dans les articles 467 et 469 du code, relatifs aux matières de police. Il est inutile de faire remarquer la rigueur de ces dispositions.

[1] Locré, t. 29, p. 183.

123. La loi du 17 avril 1832 a eu pour mission de les adoucir, en y substituant un autre système; mais cette mission a-t-elle été pleinement accomplie? ce système est-il à l'abri de tout reproche?

La loi distingue les droits de la partie civile et ceux de l'État. La durée de la contrainte, pour une condamnation prononcée au profit d'une partie civile, doit être fixée par le jugement, dans les limites de six mois à cinq ans si elle est inférieure à 300 fr., dans celles d'un an à dix ans si la dette égale ou excède 300 fr. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur peut faire cesser la contrainte en donnant caution; il peut encore, mais seulement dans le cas où la dette est inférieure à 300 fr., obtenir son élargissement, en justifiant de son insolvabilité, et après des délais qui sont calculés sur le montant de cette dette (articles 35, 39 et 40). [[Ces dispositions ont été modifiées par la loi du 13 décembre 1848. L'art. 35 de la loi du 17 avril 1832 a proportionné la durée de la contrainte de 15 jours à 4 mois, le taux des condamnations inférieures à 300 fr., lorsque les condamnés justifient de leur insolvabilité. L'art. 8 de la loi du 13 décembre 1848 porte que « la durée de la contrainte par corps, dans les cas prévus par l'art. 35 de la loi du 17 avril 1832, ne pourra excéder trois mois. » Si les mêmes condamnations ont été prononcées au profit d'une partie civile, et que les condamnés font la même justification, « la durée de l'emprisonnement est la même que pour les condamnations prononcées au profit de l'État. » La durée de la contrainte est du double, soit qu'elle soit prononcée au profit de l'État ou d'une partie civile, si le débiteur ne justifie pas légalement de son insolvabilité. Enfin, si les condamnations s'élèvent à plus de 300 fr., soit que l'insolvabilité soit ou non justifiée, la durée de la contrainte, qui était d'un an à dix ans, suivant les art. 7 et 40 de la loi du 17 avril 1832, n'est plus que de six mois à cinq ans, suivant l'art. 12 de la nouvelle loi.]]

Arrêtons-nous un moment sur ces premières dispositions.

La chambre des pairs avait établi en principe, en 1832, dans un projet qui fut modifié depuis par la chambre des députés, que ces condamnations prononcées en faveur de particuliers ne pouvaient

jamais entraîner la contrainte, si elles n'excédaient 300 fr. « Les dettes qui résultent, disait le rapporteur M. Portalis, des réparations accordées par les cours d'assises, les tribunaux correctionnels ou de simple police, sont des dettes purement civiles. Or les dettes civiles n'entraînent pas la contrainte par corps, si elles sont moindres de 300 fr. On empire donc le sort des condamnés, au lieu de l'améliorer, lorsqu'on les soumet à l'emprisonnement, quelque courte qu'en soit la durée, pour le payement de ces dettes. Il n'y a pas lieu de les soustraire à la protection du droit commun. La vindicte publique une fois satisfaite, il n'y a plus rien de pénal dans les dispositions des jugements que rendent les tribunaux de répression, quels qu'ils soient [1].

Un seul motif a été allégué à la chambre des députés contre cette proposition, c'est que « les dommages-intérêts ne sont plus une dette purement civile, du moment qu'ils dérivent d'un crime ou d'un délit [2]. » Mais nous ne saurions concevoir comment le caractère du fait qui donne lieu à la réparation peut influer sur la nature de cette réparation. Que la criminalité du fait disparaisse, que l'accusé soit absous ou acquitté, les dommages-intérêts qui pourront encore être mis à sa charge changeront-ils de nature? La réparation n'est-elle pas la même si la partie civile l'a obtenue d'un tribunal civil ou d'un tribunal de répression? Ce n'est point parce que le fait constitue un délit que les dommages-intérêts sont dus, c'est parce que le demandeur a éprouvé un dommage, c'est en vertu de l'article 1382 du code civil. Pourquoi donc déroger au droit commun, qui ne permet jamais la contrainte pour une somme inférieure à 300 fr.? Quelle raison plausible alléguer pour en augmenter la rigueur? Les réparations qu'un tribunal civil motive sur le dol ou la fraude méritent-elles plus de faveur que celles qu'une cour d'assises accorde, souvent même en acquittant le prévenu, et qui prennent,

[1] Moniteur du 30 déc. 1831, 1re partie.
[2] Moniteur du 20 fév. 1832, suppl.

en tous cas, leur source dans un fait dont la criminalité a été lavée par la peine?

124. Nous avons dit que le débiteur pouvait, lorsque la dette était inférieure à 300 fr., obtenir son élargissement, en prouvant son insolvabilité. On avait douté cependant que les dispositions de l'article 35 de la loi du 17 avril 1832, relatives aux condamnés insolvables, fussent applicables à ceux qui ont été incarcérés à la requête des particuliers. Le tribunal correctionnel de Montpellier a même consacré, par jugement du 22 novembre 1832, une solution négative : « attendu que l'article 35 ne dispose qu'à l'encontre des débiteurs de l'État; que si cet article est mentionné dans l'article 39, ce n'est que pour l'indication des cas dans lesquels peut avoir lieu l'élargissement du débiteur qui ne paye pas, et en même temps des formes à suivre pour l'obtenir; que, d'ailleurs, le deuxième paragraphe de l'article 39 dispose que le jugement de condamnation fixera la durée de la contrainte dans les limites de six mois à cinq ans... » Cette interprétation ne doit pas être adoptée. L'article 35 renferme un principe général, qui s'applique aussi bien aux condamnations intervenues dans l'intérêt des particuliers que dans celui de l'État. Il résulte de l'article 39 lui-même que l'article 35, auquel il renvoie, doit être appliqué toutes les fois que l'insolvabilité du condamné a été constatée, et, en cas de contestation, jugée contradictoirement avec le créancier. Si ce même article dispose, dans son deuxième paragraphe, que la durée de la contrainte sera déterminée par le jugement dans les limites d'un an à cinq ans, cette fixation ne fait point obstacle à ce que l'emprisonnement ne soit ensuite réduit suivant l'échelle proportionnelle de l'article 35 : le jugement constitue le titre du créancier, mais le mode d'exécution est réglé par la loi. [[L'article 8 de la loi du 13 décembre 1848 a fait disparaître cette difficulté.]]

Les condamnations prononcées *au profit de l'État* suivent à peu près les mêmes règles. L'article 34 de la loi porte que les débiteurs subiront la contrainte jusqu'à ce qu'ils aient payé le montant des con-

damnations. Mais ce principe rigoureux est tempéré : 1° par le droit que le débiteur a, dans tous les cas, de fournir caution ; 2° par la faculté qui lui est donnée de justifier de son insolvabilité, lorsque la dette est inférieure à 300 fr. ; 3° par la limite apportée à la durée de cette détention, dans le cas même où l'insolvabilité n'est pas établie, par l'article 40 de la loi.

La faculté de donner caution résulte de l'article 34 lui-même. Quant à l'insolvabilité, le condamné est toujours admis à en faire la preuve, et, cette preuve faite dans les termes de la loi, c'est le montant de la somme due qui fixe seul le temps après lequel il peut obtenir sa liberté. D'après l'article 35, il jouit de ce droit, en prouvant son insolvabilité, après quinze jours de détention, lorsque l'amende et les autres condamnations pécuniaires n'excèdent pas 15 fr. ; après un mois, lorsqu'elles n'excèdent pas 100 fr. ; enfin, quatre mois [[aujourd'hui trois mois]], lorsqu'elles n'excèdent pas 300 fr.

La chambre des pairs avait proposé de ne proportionner la durée de l'emprisonnement qu'à la quotité de l'amende seulement : « Nous avons jugé, disait M. Portalis, qu'il serait trop rigoureux de cumuler avec le montant de l'amende d'autres condamnations pécuniaires accessoires ; que le délinquant qui avait été puni n'était plus que malheureux, et qu'une détention prolongée, en aggravant sa misère, le frapperait d'un funeste découragement, sans avantage pour le fisc, et au grand préjudice de la société [1]. » Cet amendement avait obtenu l'assentiment du gouvernement. La commission de la chambre des députés l'a repoussé : « En supprimant du projet les mots *et autres condamnations pécuniaires*, a dit M. Parant, rapporteur, la chambre des pairs a exclu les *dommages-intérêts* de la supputation de la somme sur laquelle sera calculée la durée de la contrainte du condamné qui excipera de son insolvabilité. Il y aura donc dérogation complète, au lieu d'une simple modification, à l'article 53 du code pénal, dans lequel se trouvent les mots *condamnations pécuniaires*,

[1] Moniteur du 30 déc. 1831.



applicables non-seulement à l'amende et aux frais, mais encore aux restitutions et aux dommages-intérêts, comme l'indique l'article 52 du même code. Il y aurait surtout un grand préjudice pour l'État; car la justification d'insolvabilité n'est pas toujours une raison pour croire que le payement ne peut avoir lieu [1]. » Ces motifs ont paru suffisants pour rétablir dans l'article 53 les mots *et autres condamnations pécuniaires*.

La chambre des pairs avait encore admis un autre amendement qui a eu le même sort. Cette disposition additionnelle à l'article 53 était ainsi conçue : « Toutefois, la détention prononcée en exécution du présent article ne pourra être ordonnée pour un temps qui excéderait le double de la durée de la peine de la prison, auquel le débiteur de l'amende aurait été condamné par le même jugement. » Les auteurs de cet amendement avaient été frappés de la situation d'un débiteur réduit par son indigence à payer de sa liberté, et subissant une prolongation de peine pour l'acquittement d'une dette. Il leur avait semblé que l'humanité et la justice répugnaient également à une telle compensation. La chambre des députés a été déterminée par une autre considération; elle a remarqué que les juges, dans l'intérêt du travail et de l'industrie, abrégent souvent la durée de l'emprisonnement, en même temps qu'ils aggravent la peine pécuniaire. Elle a craint que la disposition proposée ne les détournât d'une pratique utile, et que, pour ne pas rendre la condamnation illusoire, si la durée de la contrainte par corps, en cas de non-payement de l'amende, était trop abrégée, les tribunaux n'aggravassent la peine de l'emprisonnement. Mais ces objections ne sont-elles pas elles-mêmes susceptibles de controverse? Qu'importe, en effet, que la durée de l'emprisonnement soit abrégée comme peine, lorsqu'on la prolonge comme contrainte? Le mal, c'est la prison qui prive la famille de son chef, l'ouvrier de son salaire, qui paralyse son industrie et abat son âme; il est indifférent qu'il y soit détenu comme condamné ou comme débiteur.

[1] Moniteur du 20 fév. 1832, suppl.

125. La troisième exception à la règle rigoureuse de l'article 34 est écrite dans l'article 40 [[aujourd'hui dans l'art. 12 de la loi du 13 décembre 1848]], qui pose une limite à la durée de la contrainte, dans le cas où la somme excède 300 fr. Dans cette dernière hypothèse, l'insolvabilité du débiteur est une circonstance indifférente ; il n'est plus admis à l'établir. Mais, lorsque le terme fixé par le jugement est arrivé, il n'est pas nécessaire non plus qu'il justifie de cette insolvabilité pour obtenir sa liberté. La pensée de la loi, à cet égard, se révèle dans les termes de l'article 40 ; en fixant un terme à la détention, cet article n'a point ajouté la condition que le débiteur devrait justifier de son insolvabilité, avant de recouvrer sa liberté à l'expiration du terme ; les tribunaux ne pourraient suppléer une disposition aussi rigoureuse. Telle est aussi l'opinion que M. l'avocat général Parant, rapporteur de la loi du 17 avril 1832 à la chambre des députés, a développée devant la cour de cassation : « Si le débiteur, a dit ce magistrat, ne peut s'affranchir en prouvant son insolvabilité, s'il doit subir la détention dans ce cas même, au moins il est juste qu'on le remette en liberté à l'expiration du terme fixé, sans autre justification que celle de l'échéance du délai. En effet, théoriquement parlant, la contrainte par corps est un moyen coercitif, c'est une épreuve de solvabilité. Les juges doivent apprécier, eu égard au délit, à l'importance de la somme, au caractère de l'individu, à ses ressources présumées, quel est le temps d'épreuve nécessaire pour s'assurer que, s'il ne paye pas, ce n'est pas par mauvaise volonté, mais par impossibilité. Or, quand l'épreuve a été faite conformément au jugement, la mise en liberté en est la conséquence, et l'on ne pourrait imposer encore au débiteur une preuve d'insolvabilité, sans ajouter à la loi et sans s'exposer à retomber dans les inconvénients de l'article 52 du code pénal, qui permettait la contrainte pour un temps illimité, à l'égard de ceux qui ne pouvaient justifier légalement de leur insolvabilité [1]. »

[1] Réquisitoire de M. Parant, cass. 24 janv. 1835, Journal du dr. crim., p. 24.

126. Il nous reste à examiner une question importante sur laquelle plusieurs solutions ont été proposées. Quelle doit être la position du condamné à une somme moindre de 300 fr. qui ne peut justifier de son insolvabilité? Faut-il lui appliquer le deuxième paragraphe de l'art. 39, qui permet d'infliger une contrainte de six mois à cinq ans au débiteur d'une somme de moins de 300 fr. due à des particuliers? Faut-il, au contraire, dans le silence de la loi, décider qu'il devra garder indéfiniment prison? Sa détention aura-t-elle un terme, et quel doit être ce terme?

La cour de Douai a décidé que le deuxième paragraphe de l'article 39 de la loi du 17 avril 1832 [1] renferme une règle générale qui s'applique à toutes les condamnations inférieures à 300 fr., soit qu'elles soient prononcées au profit de l'État, soit dans l'intérêt des particuliers [2]. « A la vérité, ajoute cet arrêt, la première disposition de l'article 39 ne fait mention que des condamnés arrêtés à la requête des particuliers; mais les art. 34, 35 et 36, auxquels cette disposition se réfère, concernent explicitement les condamnations pécuniaires prononcées au profit de l'État; d'où il suit que le paragraphe final de l'article 39 peut s'appliquer aussi bien aux individus condamnés envers l'État qu'à ceux qui sont condamnés dans l'intérêt des particuliers. » La cour de cassation n'a point partagé cette opinion; elle a formellement déclaré « que le deuxième paragraphe de l'article 39, qui oblige les tribunaux à déterminer, par les jugements de condamnation, la durée de la contrainte, n'est relatif qu'à l'intérêt des particuliers exclusivement, et ne peut pas dès lors s'appliquer à ce qui concerne l'État [3]. » Mais, en écartant l'application de ce paragraphe, cette décision n'a point déterminé quelle serait la durée de la contrainte.

M. l'avocat général Parant, dans le réquisitoire qui précéda le

[1] Voici le texte de ce paragraphe : « La durée de la contrainte par corps sera déterminée par le jugement de condamnation dans les limites de six mois à cinq ans. »

[2] Arr. 25 août 1832, Journ. du dr. crim., p. 279.

[3] Cass. 24 janv. 1835, Journ. du dr. crim., p. 18.

même arrêt, proposa le terme d'un an : « S'il est vrai, dit ce magistrat, que pour la somme de 300 fr. et au delà, les limites de la détention sont d'un an à dix ans, logiquement la détention pour une somme inférieure ne peut excéder le terme d'une année. C'est la conséquence qui découle naturellement de la distinction faite par la législation entre les sommes inférieures à 300 fr. et celles qui atteignent ou dépassent ce chiffre. Le système contraire est le plus rigoureux ; car si, d'après l'article 39, les juges peuvent limiter la détention à six mois, ils pourraient aussi la fixer à cinq ans. Lorsqu'il s'agit des intérêts de l'Etat, la somme de 300 fr. est trop minime, en raison de l'importance de la liberté individuelle, pour qu'on permette aux tribunaux de prononcer une aussi longue détention. L'épreuve qui peut durer une année tout entière est bien suffisante. »

Au milieu de cette controverse, la première pensée est d'interroger les discussions législatives qui ont élaboré la loi ; mais elles sont muettes sur le sens d'une disposition dont la rédaction n'y a même laissé aucune trace. L'article 39 du projet de la chambre des pairs était suivi d'un deuxième paragraphe ainsi conçu : « La durée de la détention desdits condamnés (à la requête des particuliers) sera réglée conformément aux dispositions de l'article 35. » Ce paragraphe additionnel fut effacé avec raison par la chambre des députés : « Le deuxième paragraphe de l'article 39, disait le rapporteur, est complétement inutile ; en effet, du moment que la chambre des pairs admet en principe que la contrainte ne sera pas exercée par la partie civile pour une somme inférieure à 300 francs, et que, pour les sommes supérieures, l'article 40 renvoie à l'article 7, il n'y a plus besoin de renvoyer à l'article 34, pour le règlement d'un cas qui ne doit pas se réaliser. » Mais aucune disposition n'y fut substituée, et l'on ne trouve nul vestige du deuxième paragraphe actuel, soit dans la discussion de la chambre des députés, où le premier paragraphe de l'article 39 fut seul voté, soit dans la chambre des pairs, qui adopta purement et simplement le projet qui lui fut reporté [1].

[1] *Voyez* les Moniteurs des 30 déc. 1831, 18 janv., 20 fév. suppl., 6 avr. 2e suppl., et 15 avr. 1832.

C'est donc dans le rapprochement des textes et dans l'esprit général de la loi qu'il faut chercher une solution. Nous serions disposés à suivre l'opinion adoptée par M. Parant, et à fixer le terme d'un an à la détention. Ce terme, plus en proportion avec la quotité de la somme, est plus favorable au condamné, et, dans le silence de la loi, cette considération est peut-être décisive. Cependant il faut reconnaître qu'aucun texte n'autorise une telle interprétation. La loi n'a même nulle part posé de terme fixe à la détention; dans chaque catégorie, elle a multiplié les degrés, afin que le juge pût en proportionner la durée à la quotité de la dette et aux ressources présumées du débiteur. Ainsi la limite de six mois à cinq ans, pour les condamnations inférieures à 300 francs, est plus conforme à son système général, et s'échelonne plus parfaitement avec la durée d'un an à dix ans pour les condamnations supérieures. Enfin, le législateur n'a point distingué, quant à la durée de la contrainte, les condamnations rendues dans un intérêt privé ou dans l'intérêt de l'Etat, et nous ne voyons aucun motif sérieux de faire cette distinction. D'ailleurs, quand au-dessus de 300 francs cette durée est la même dans les deux cas, comment serait-elle différente au-dessous de cette somme? Il nous paraît donc que l'intention des rédacteurs de la loi a dû être d'attribuer un sens général au deuxième paragraphe de l'article 39. Mais la rédaction a trahi leur pensée; en attachant ce paragraphe à l'article 39, ils lui ont fait subir la domination de la première disposition de cet article; ils croyaient tracer une règle, ils n'ont écrit qu'une exception. Il en résulte une lacune dans la loi, lacune grave et importante pour la liberté individuelle, et que la loi seule pouvait combler. [[Cette lacune se trouve aujourd'hui remplie par le dernier paragraphe de l'art. 8 de la loi du 13 décembre 1848, qui dispose que lorsque le débiteur de l'Etat ou de la partie civile ne justifiera pas de son insolvabilité, « la durée de l'emprisonnement sera du double, » c'est-à-dire du double de la durée fixée par l'art. 35 de la loi du 17 avril 1832 et modifiée par l'art. 8 de la loi du 13 décembre 1848.]]

127. La contrainte par corps a lieu *de plein droit* en matière cri-

minelle, correctionnelle et de police; cela résulte des termes de l'article 52 du code pénal, qui n'a pas dit seulement que l'exécution pourrait être *prononcée*, mais bien qu'elle pourrait être *poursuivie* par la voie de cette contrainte. Il suit de là qu'il n'est pas nécessaire que le jugement qui la prononce motive cette condamnation [1], et que les juges peuvent la prononcer en appel, encore bien qu'elle ne l'ait pas été en première instance [2].

Mais, lorsqu'il y a lieu de déterminer la durée de la contrainte, cette durée doit nécessairement être fixée par le jugement. La cour de cassation a fait à cet égard plusieurs distinctions. Si les condamnations sont prononcées *au profit de l'État*, et qu'elles ne s'élèvent pas à 300 fr., la duré de la contrainte ne doit pas être déterminée [3], [[puisqu'elle l'est par les art. 35 de la loi du 17 avril 1832 et 8 de celle du 13 décembre 1848]]. Si les condamnations prononcées *au profit de l'État* s'élèvent à 300 fr., les arrêts et jugements doivent déterminer la durée de la contrainte, à peine de nullité [4]. [[Et la même règle s'applique aujourd'hui aux condamnations prononcées au profit des parties civiles, aux termes de l'art. 12 de la loi du 13 décembre 1848 [5].]]

Il peut arriver que l'arrêt ne prononce qu'une condamnation aux frais, et que ces frais ne soient pas toutefois liquidés par cet arrêt; quelle doit être alors la décision des juges? Evidemment ils ne sont pas tenus de déterminer la durée de la contrainte, puisqu'ils n'ont pas de base légale pour la fixer. Le condamné doit alors, après la

[1] Cass. 21 juin 1835, Dall. 23-1-225.

[2] Cass. 14 juill. 1827, Sir., 27-1-530; arr. Bordeaux, 15 nov. 1828, Sir., 29-2-117.

[3] Cass. 24 janv. 1835, Journ. du dr. crim., p. 17; 20 mars 1835.

[4] Cass. 20 mars, 2 et 16 avr. 1835. Les derniers arrêts dans ce sens sont des 4 oct. 1849, Bull. nº 265; 22 mars 1850, Bull. nº 111, et 4 juill. 1850, Bull. nº 210.

[5] Cass. 3 juin 1843, Bull. nº 130; 22 sept. 1848, *ibid.* nº 248; 22 juillet 1855, *ibid.* nº 249; 6 sept. 1855, *ibid.* nº 313; 4 oct. 1855, *ibid.* nº 342; 1 déc. 1855, *ibid.* nº 383.

liquidation, présenter requête pour faire statuer sur cette durée [1].

Faut-il comprendre les frais d'exécution de jugement dans la somme de ceux qui doivent servir à fixer la durée de la détention ? Un jugement du tribunal correctionnel de Montpellier, du 22 novembre 1832, a jugé la négative. Mais une décision du ministre des finances, du 2 novembre 1829, avait adopté l'interprétation contraire, qui nous semble plus conforme à l'esprit de la loi. Les articles 798 du code de procédure civile et 23 de la loi du 17 avril placent parmi les frais que doit payer le débiteur pour faire cesser la contrainte, ceux de l'exécution. A la vérité, ces dispositions ne peuvent être rigoureusement invoquées qu'à l'égard des condamnations émanées des tribunaux civils. Mais on doit remarquer : 1° que les frais postérieurs au jugement sont à la charge des condamnés, comme ceux du jugement lui-même ; 2° que l'article 33 de la loi autorise la contrainte, non-seulement pour l'exécution des jugements et arrêts, en matière criminelle et correctionnelle, mais pour l'exécution des *exécutoires*. Or, s'il fallait défalquer du montant des condamnations les frais de signification, de commandement et de capture, ne s'ensuivrait-il pas que les délinquants, après avoir été détenus pour le payement de l'amende et des frais antérieurs au jugement, seraient exposés à une détention nouvelle pour les frais postérieurs? Toutefois cette exécution rigoureuse de la loi rendrait, dans la plupart des cas, illusoire et vaine la disposition bienfaisante de l'article 35 qui limite à 15 jours la détention du condamné insolvable dont la dette n'excède pas 15 fr., puisqu'à l'exception des matières forestières, les frais d'exécution des jugements surpassent presque toujours cette somme.

128. Le caractère de la contrainte par corps, employée comme moyen d'exécution vis-à-vis des condamnés insolvables, n'a point été nettement défini par la loi. Quelques personnes y ont vu une véritable peine corporelle substituée à la peine pécuniaire ; d'autres, un simple moyen de recouvrement. Comme de l'un ou de l'autre de

[1] Mêmes arrêts.

ces principes découlent des conséquences différentes, il importe de le fixer.

Le caractère pénal de cette mesure semble résulter de ce que la justification de l'insolvabilité ne suffit pas pour soustraire à la contrainte par corps le condamné, et de ce qu'il est assujetti, dans ce cas même, à un emprisonnement gradué sur l'importance des condamnations, avant de recouvrer sa liberté. La contrainte ne peut jamais être reprise contre lui pour le payement de l'amende, d'où l'on induit qu'à son égard il y a eu conversion de l'amende en emprisonnement. Enfin, l'intervention du ministère public dans l'exécution de la contrainte, et le désir manifesté par le législateur « de punir les délinquants qui échappent, par la preuve de leur insolvabilité, au payement des condamnations pécuniaires, en leur faisant subir une détention, » paraissent indiquer l'intention d'imprimer à la contrainte une mission pénale, de la faire concourir comme une peine au maintien de l'ordre public et de la sûreté générale.

Toutefois ces diverses inductions ne nous semblent point décisives. Les peines doivent être exprimées, elles ne se présument pas. Le code rural portait : « La détention remplacera l'amende à l'égard des insolvables[1]; » mais cette commutation n'a point été reproduite. Si la preuve de l'insolvabilité ne suffit pas pour ouvrir au détenu les portes de sa prison, c'est que la loi a voulu soumettre cette insolvabilité à l'épreuve d'une certaine détention. L'intervention du ministère public n'a qu'un but, celui de faciliter l'arrestation en la dégageant de formes onéreuses; cette arrestation ne dépend d'ailleurs que du receveur de l'enregistrement, agent purement fiscal, et dans les mains duquel la loi n'eût assurément pas remis l'application d'une peine. La contrainte n'est donc qu'une voie d'exécution, un moyen de recouvrement.

Ce principe a reçu une consécration remarquable dans un avis du conseil d'État du 15 novembre 1832, au rapport de M. Vivien, et qui déclare : « qu'aucune disposition n'indique que le législateur ait eu en vue, pour les insolvables, de commuer la peine pécuniaire en

[1] L. 28 sept.-6 oct. 1791, tit. 2, art. 5.

celle de l'emprisonnement; qu'une semblable intention devrait être formellement exprimée, comme elle l'était en l'article 5, titre 2 de la loi du 28 septembre 1791, et que, dans ce cas, la commutation serait prononcée par le jugement; que, loin de prononcer cette commutation, la loi du 17 avril ne considère l'emprisonnement que comme un moyen de contrainte, expression qu'elle emploie dans toutes les dispositions; qu'après l'exercice de la contrainte, le condamné ne se trouve point libéré des condamnations, d'où il résulte qu'elles n'ont point été remplacées par l'emprisonnement; que, si la contrainte ne peut être reprise, et si elle est proportionnée à l'importance de la dette, on ne saurait en tirer aucune conséquence, les mêmes règles étant établies pour les créances privées qui donnent lieu à la contrainte; que la contrainte exercée malgré la justification de l'insolvabilité s'explique par la possibilité de forcer le débiteur à user de ressources qu'il aurait dissimulées, et qu'il peut encore posséder malgré une insolvabilité apparente; que l'intérêt public exige sans doute une peine autre que des condamnations pécuniaires pour ceux que leur insolvabilité met à l'abri de ces condamnations, mais que cette mesure doit être légalement établie; que la substitution d'une peine à l'autre doit être exprimée, avoir été discutée et calculée, et que, dans le silence de la loi, on ne peut suppléer à ses dispositions dans une matière aussi grave. »

De ce principe il résulte que la contrainte ne doit être dirigée que dans l'intérêt du recouvrement : le receveur n'est point chargé de réprimer des délits, mais d'assurer la rentrée des sommes dues au trésor; il ne doit donc requérir l'exercice de la contrainte que lorsqu'elle peut conduire au recouvrement. En l'exerçant contre des condamnés notoirement insolvables, non-seulement il grèverait le trésor de frais frustratoires, mais il se rendrait arbitre de la peine, il s'érigerait en juge du délit, et, en commuant arbitrairement l'amende en emprisonnement, il fausserait l'esprit de la loi. A la vérité la loi n'a point mis de limites positives au pouvoir de ces fonctionnaires; mais ces limites se trouvent dans l'objet de leur mission, mission toute fiscale.

Une autre conséquence du même principe est que le détenu, en

cas d'insolvabilité constatée, peut obtenir sa liberté, sur la demande du receveur de l'enregistrement, avant l'expiration du délai fixé par l'article 35 de la loi du 17 avril 1832. En effet, dès que la contrainte a pour principal objet le recouvrement de l'amende, dès que le droit exclusif de la provoquer est confié au receveur, il est incontestablement le seul juge de sa convenance et de son utilité. Les magistrats du ministère public ne sont appelés qu'à en surveiller l'emploi dans les limites des jugements et de la loi. Dès lors, le receveur qui peut exercer ou ne pas exercer cette mesure, suivant qu'il le juge utile ou frustratoire pour le fisc, peut, à plus forte raison, y renoncer, et abréger par conséquent la détention des débiteurs incarcérés.

129. Les formes de la contrainte exercée pour l'exécution des condamnations pénales ont été prises au code forestier : « Le titre 14 de ce code, a dit M. Portalis dans son rapport, a établi une procédure simple, peu coûteuse, et par conséquent moins onéreuse pour le débiteur sur lequel les frais finissent toujours par retomber : le projet de loi en généralise l'usage. » Un commandement est fait aux condamnés, et, cinq jours seulement après cet acte, le procureur du roi, sur la demande du receveur, adresse les réquisitions nécessaires pour l'arrestation aux agents de la force publique (art. 33, loi du 17 avril 1832). Nous ne ferons sur cette procédure que deux observations : la première, c'est que le droit du receveur de l'enregistrement de requérir la contrainte n'est point un droit exclusif; si ce fonctionnaire a seul été désigné par la loi, c'est que le recouvrement des amendes et des frais s'opère le plus souvent par son ministère; mais il ne nous semble pas douteux que les agents des contributions indirectes et des douanes, par exemple, ne jouissent du même pouvoir à l'égard des condamnations qui intéressent ces administrations. Une deuxième observation vient à l'appui de cette opinion : c'est que les particuliers eux-mêmes jouissent de ce mode d'exécution. L'article 38 de la loi porte en effet que : « les arrêts et jugements contenant des condamnations en faveur des particuliers pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice, seront,

à leur diligence, signifiés et *exécutés* suivant *les mêmes formes* et *voie de contrainte* que les jugements portant des condamnations au profit de l'État. » Il est impossible de douter, d'après ce texte, que, dans les condamnations de cette nature, les particuliers ne soient substitués aux receveurs et n'exercent les mêmes pouvoirs ; car la loi prescrit que les condamnations seront, à leur diligence, non-seulement signifiées, mais *exécutées* suivant *les mêmes formes* que les jugements rendus au profit de l'État. Or ces formes sont celles que l'article 53 a tracées ; donc le particulier au profit duquel une telle condamnation a été prononcée peut, dans le cas où le condamné ne serait pas encore détenu, présenter requête au procureur du roi, après la signification d'un commandement à la partie ; et le magistrat, après avoir vérifié si les formes légales ont été exécutées, doit statuer. L'obligation de fournir des aliments, imposée à la partie civile par le deuxième paragraphe de l'article 38, est la seule différence qui distingue l'exercice de son droit.

Nous croyons devoir omettre un assez grand nombre de questions d'un intérêt secondaire que cette matière fait surgir ; il nous a suffi de poser les principes généraux à l'aide desquels elles seront facilement résolues. Ces difficultés d'ailleurs n'appartiennent que par une sorte d'accession à notre livre. Nous terminerons ce chapitre en faisant observer que la contrainte par corps, exercée pour l'exécution des condamnations pénales, ne doit jamais être subie soit dans les maisons centrales, soit dans les maisons de correction. En effet, l'intention du législateur a toujours été de ne pas confondre les prévenus avec les condamnés, et, à plus forte raison, les condamnés avec les simples détenus pour dettes. C'est donc dans les maisons spéciales pour dettes que les condamnés doivent être incarcérés, et, seulement à défaut de ces maisons dans l'arrondissement, dans la maison d'arrêt la plus voisine de leur domicile. L'avis du conseil d'État du 14 novembre 1832 a établi cette distinction en règle générale.

CHAPITRE X.

DE LA RÉCIDIVE.

(*Commentaire des art. 56, 57 et 58 du code pénal.*)

130. Motifs de l'aggravation des peines en cas de récidive.
131. S'il est nécessaire que les deux délits soient identiques.
132. S'il est nécessaire qu'ils soient commis à un intervalle rapproché.
133. Si la présomption, qui naît de la récidive, peut être détruite par la preuve contraire.
134. Limites de l'aggravation pénale.
135. Système du code sur cette matière.
136. Modifications de la loi du 28 avril 1832.
137. Modifications de la loi du 8 juin 1850.
138. Dans quels cas l'aggravation emporte l'application de la peine capitale.
139. Conditions de la récidive : il faut une première condamnation.
140. Suffit-il que la première condamnation ait été rendue par défaut ou par contumace.
141. La récidive existe-t-elle après la prescription ou la réhabilitation?
142. Existe-t-elle après la grâce, après l'amnistie?
143. Comment cette première condamnation doit être établie.
144. Il faut que cette première condamnation ait prononcé une peine afflictive ou infamante.
145. Il importe peu que le fait qui l'a motivée ait cessé d'être qualifié crime.
146. Mais si la condamnation émane d'une juridiction militaire, il faut qu'elle ait pour objet un fait commun.
147. Dans quels cas la juridiction militaire peut appliquer l'aggration de la récidive.
148. *Quid* si la condamnation émane d'un tribunal étranger?
149. Effet des circonstances atténuantes sur l'aggravation pénale de la récidive.
150. Récidive mixte formée par le concours d'un crime et d'un délit; cas où le délit a précédé le crime.
151. Cas où le crime a précédé le délit prévu par l'art. 57.
152. De la récidive formée par la succession de deux délits. Application de l'article 58.
153. Exception à la récidive aux cas d'évasion et d'infraction de ban. Limites de cette exception.
154. Exception dans les cas où une loi spéciale a prévu la récidive.
155. Application de la peine dans le cas prévu par l'art. 58.
156. Modification en ce qui concerne les délits de la presse.
157. Questions spéciales relatives à cette classe de délits.

130. La récidive a été considérée en général comme une circonstance qui doit aggraver la mesure du châtiment dont le fait est passible en lui-même. On a vu dans la réitération du crime le symptôme d'une perversité plus active, l'indice d'un péril social plus imminent. L'inefficacité de la première peine a paru commander une peine nouvelle plus efficace; et cette aggravation, qui ne peut se fonder sur la criminalité intrinsèque de l'action, que cette circonstance ne saurait altérer, se puise dans la criminalité extrinsèque de l'agent [1]. Avant d'examiner ce principe d'aggravation des peines, il est nécessaire de rechercher l'application qu'il a reçue dans les diverses législations.

On trouve dans le Digeste et dans le Code de Justinien plusieurs textes qui infligent une punition plus sévère à ceux qui sont retombés plus d'une fois dans le même crime [2]. De là cette maxime formulée par les docteurs : *Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi* [3]. Deux actes suffisaient pour établir l'habitude [4] : *quod enim bis fit, frequenter fieri dicitur* [5] ; et la peine, dans ce cas, pouvait changer de nature : ainsi le fait qui en lui-même n'était passible que d'une peine pécuniaire, pouvait être puni, s'il se renouvelait, d'une peine corporelle et même capitale, parce que, dit la loi, *consuetudo delinquendi facit delictum, alias non capitale, capitale reputari* [6]. Mais la deuxième récidive était punie avec plus de sévérité que la première :

[1] Cass. 11 juin 1812, Sir., t. 4, p. 119; 13 mai 1859, Bull. nº 123.

[2] L. 28, § 3, ff. de pœnis; L. 1, ff. de jure patronatus; L. 3, ff. § 9, de re militari; L. 3, Cod. de episcop. audientiâ; L. 8, § 1, Cod. ad leg. Jul. de vi.

[3] De Godefroy et Paul de Castro in l. 3, Cod. de episcop. aud.; Farinacius, quæst. 18, nº 80.

[4] *Binus actus*, Godefroy et Paul de Castro, loc. cit.; *bis aut sæpius*, l. 8, § 1, Cod. ad leg. Jul. de vi.

[5] Farinacius, quæst. 18, nº 16.

[6] L. 1, Cod. de superexact. L. omnes, Cod. de collat. L. 28, ff. de pœnis.

gravius multo puniendus est qui ter delinquit quam qui bis[1]. Ainsi le troisième vol, quelle que fût la minimité de ces délits, pouvait entraîner la peine de mort[2].

Ces règles paraissent avoir été appliquées dans notre ancien droit, sans que la loi ait eu besoin de les consacrer. En effet, sous l'empire de l'ordonnance de 1670, l'application des peines étant entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire des juges, la récidive se présentait à leurs yeux comme une circonstance aggravante du crime, et leur donnait la faculté d'aggraver la peine, mais sans leur en imposer l'obligation. Les axiomes de la loi romaine étaient alors la loi des arrêts[3]. Cependant quelques textes s'étaient empreints de ces principes, et il n'est pas exact de dire, comme l'a fait M. Carnot, en citant la coutume de Bourgogne, qui portait la peine de mort contre le vol avec récidive, que, « antérieurement au code pénal de 1791, on ne connaissait que ce seul cas où la récidive fût punie d'une peine supérieure[4]. » La déclaration du 4 mars 1724[5] infligeait la peine des galères à « ceux qui, après avoir été condamnés pour vol (crime passible du fouet), étaient convaincus de récidive en crime de vol, et la peine de mort à ceux qui, après avoir été condamnés aux galères, se rendaient coupables de récidive en crime méritant peine afflictive. »

L'assemblée constituante établit un nouveau système. La récidive ne modifiait point la peine infligée par la loi au deuxième fait; mais, après l'avoir subie, le condamné en récidive était *transféré pour le reste de sa vie au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs*[6]; il n'y avait d'exception à cette règle, en matière criminelle, que dans le seul cas où les peines infligées aux deux crimes étaient la

[1] Farinacius, quæst. 18, n° 19.

[2] Potest pro tribus furtis, quamvis minimis, pœna mortis imponi. Farin., quæst. 23, n° 4.

[3] Jousse, t. 2, p. 601 et 602.

[4] Comment. du code pénal, t. 1er, p. 163.

[5] Decru y et Isambert, t. 21, p. 260.

[6] Cod. pén. du 25 sept.-6 oct. 1791, tit. 2, art. 1.

dégradation civique ou le carcan : deux années de détention remplaçaient ces peines. A l'égard des contraventions et des délits, la récidive, outre l'aggravation de la peine, avait pour effet de renvoyer le prévenu devant la juridiction supérieure ; ainsi les contraventions commises en récidive étaient jugées par le tribunal correctionnel, les délits par les tribunaux criminels [1].

La déportation ne fut point organisée ; elle se résolvait de fait en détention. « Que résulte-t-il d'un tel ordre de choses ? disait M. Berlier au corps législatif ; que le laps de quelques années ou des évasions trop communes replacent au milieu des citoyens les incorrigibles artisans du crime, sans qu'ils puissent être utilement signalés [2]. » De là la loi du 23 floréal an X, qui remplaça la déportation par la flétrissure, à l'égard de tous les condamnés en récidive. « Il importe, disait un autre orateur (M. Jaubert), qu'à tout instant leur identité puisse être constatée. C'est dans cet objet que le projet substitue la flétrissure de la marque à la déportation [3]. » Ce système simple, mais réellement draconien, puisque, de même que l'assemblée constituante, il ne faisait aucune distinction entre les coupables, subsista jusqu'à la promulgation du code pénal.

Les diverses législations étrangères se bornent, en général, à considérer la récidive comme une circonstance aggravante du second crime. C'est ainsi que le code du Brésil, qui pour chaque crime établit trois degrés de punition, réserve le plus grave « lorsque le délinquant est en récidive d'un délit de même nature (art. 16). » Le code pénal d'Autriche ordonne également l'aggravation de la peine, soit par la durée, soit par le travail public, soit par l'exposition, les coups de verge ou le jeûne, « si le coupable a déjà été puni une fois pour semblable délit (art. 17, 37 et 45). » Le code prussien porte encore : « La récidive entraîne toujours l'augmentation de la peine établie par la loi pour le simple délit (art. 52), » mais sans que le juge puisse

[1] L. 19-22 juill 1791, tit. 1, art. 23; L. 28 sept.-6 oct. 1791, tit. 2; L. 25 frim. an VIII, art. 15.

[2] Motifs de la loi du 23 floréal an X.

[3] Motifs de la loi du 23 floréal an X.

changer le genre de peine qu'elle détermine (art. 46). Le même principe se retrouve dans les lois hongroises [1] et dans les législations de la Suède, de la Norwége et du Danemark [2]. Enfin le projet de code pénal de la Louisiane augmente la peine infligée au délit d'*une moitié en sus* lorsque ce délit est commis en récidive ; et, dans le cas d'une troisième condamnation, il considère le coupable comme inhabile à l'état social, et le condamne à l'emprisonnement aux travaux de force pour le reste de sa vie [3].

Ainsi la consécration du principe de l'aggravation de la peine au cas de récidive est à peu près universelle [4]. Faut-il en inférer la légitimité de ce principe? M. Carnot ne l'a pas pensé : « Peut-on dire qu'il soit dans les principes d'une exacte justice, s'écrie ce magistrat, d'appliquer aux condamnés en récidive une peine plus sévère que celle qu'ils ont encourue par le genre de crime dont ils se sont rendus coupables? S'ils ont commis un premier crime, ils en ont été punis ; leur infliger une nouvelle peine à raison de ce crime, n'est-ce pas ouvertement violer à leur égard le *non bis in idem* qui fait l'une des bases de toute législation? D'une autre part, la peine du crime ne peut être aggravée qu'à raison des circonstances qui s'y rattachent, qui lui sont concomitantes, et qui en font un tout indivisible [5]. »

Ces raisonnements ne nous touchent point. Il est incontestable qu'en subissant la peine du premier crime, le déliquant a complétement payé sa dette, expié son crime; on ne peut plus lui en demander compte : mais aussi n'est-ce pas de ce crime qu'on lui demande compte ; c'est du deuxième crime seulement. Ce nouveau

[1] Leges consuetudinem delinquendi et delicta reiterata gravius puniunt. Instit. jur. crim. hungarici ; Mathias Vuchetich, p. 167.

[2] Sommaire des législations des Etats du Nord, par Angelot.

[3] Code of crimes and punishmens, art. 52-53.

[4] On trouve encore le même principe dans l'art. 111 du code pénal de Bavière, dans les art. 10 et 135 du code pénal espagnol du 30 juin 1850, et dans les art. 118 et suiv. du code de Sardaigne du 1er mai 1860.

[5] Commentaire du cod. pén., t. 1er, p. 162 ; et, dans le même sens, M. Tissot, le Droit pénal étudié dans ses principes, t. 1, p. 96.

fait se produit avec une circonstance qui aggrave la culpabilité du prévenu. Pourquoi le législateur n'aurait-il pas le droit de prendre cette circonstance en considération pour mesurer la peine? Elle n'appartient pas plus au premier fait qu'au second : elle appartient au prévenu; elle caractérise sa moralité. Or, lorsque cette moralité échappe si souvent aux appréciations de la loi pénale, pourquoi négliger un fait qui l'indique et la révèle? « Le législateur a le droit, a dit M. Rossi, de faire entrer la récidive en ligne de compte. Car, d'un côté, elle accuse le délinquant d'une grande perversité morale; de l'autre, elle révèle à la société un agent très-dangereux. Il y a dans l'auteur de la récidive une culpabilité spéciale, morale et politique à la fois [1]. »

Mais on insiste : cette circonstance est étrangère au fait incriminé; elle ne peut donc entrer dans le calcul de la peine. Sans nul doute, le fait demeure le même; le vol, l'homicide ne changent pas de nature parce qu'ils sont commis en récidive. Mais un crime a deux éléments, la matérialité du fait et la criminalité de l'agent. Le premier est invariable, mais l'autre a de multiples degrés. C'est pour mettre la peine en rapport avec ces nuances infinies, que la loi a établi des châtiments variables, et a pris pour base de leur mesure l'existence de circonstances atténuantes. Or, ces circonstances sont le plus souvent les antécédents du prévenu, sa bonne conduite antérieure, son caractère honorable, sa position sociale, c'est-à dire des faits étrangers au délit et pris en dehors; pourquoi donc la perversité de son caractère et ses habitudes criminelles, légalement constatées, ne seraient-elles pas mises dans la même balance? Le vagabondage et la mendicité sont également étrangers au fait commis par le mendiant et le vagabond, et toutefois, dans certains cas, ces circonstances deviennent un motif d'aggravation de la peine.

Nous reconnaissons au pouvoir social le droit de demander compte au délinquant de toutes les circonstances qui peuvent aggraver sa culpabilité. Or, la récidive révèle un agent plus dangereux; elle

[1] Traité de droit pénal, t. 3, p. 114.

démontre l'impuissance d'une première correction, elle fait présumer l'habitude du crime ; elle justifie donc une aggravation de la seconde peine.

131. Toutefois cette aggravation cesserait d'être légitime, si son application n'était pas restreinte dans les limites de la justice morale. Toute la théorie de la récidive consiste à les poser.

Si la récidive est frappée d'une peine plus sévère que la première faute, c'est qu'elle est considérée comme une présomption légale d'une habitude criminelle dans l'agent. Ainsi le délinquant qui, déjà condamné pour vol, commet un autre vol, est justement réputé plus coupable que la première fois. L'habitude se démontre par l'analogie des deux faits. *Iteratione augetur delictum*, dit Godefroi. Mais cette habitude du délit est-elle aussi manifeste, si le délinquant, condamné la première fois pour rébellion, est repris pour un vol ; si, déjà frappé à raison d'un faux, il commet un attentat à la pudeur; enfin, s'il se rend coupable de cris séditieux ou de diffamation, après avoir été puni pour escroquerie ou banqueroute? Pour que la récidive soit une présomption de perversité, il faut qu'il y ait identité entre les délits qui la constituent. Car, comment présumer l'incorrigibilité du voleur, par cela seul qu'il s'est livré à des actes de rébellion ou de violence, ou du condamné politique, parce qu'il se rend coupable de faux ou de vol? comment faire concourir deux crimes d'une nature distincte pour en former une habitude?

La loi romaine admettait cette restriction : la récidive aggravait la peine du délinquant, mais seulement *si in iisdem sceleribus perseveret* [1]. Et Farinacius, qui résume les opinions des anciens jurisconsultes, dit également : *Consuetudinis delinquendi præsumptio tantum in eodem vel simili genere mali, secùs si in diverso* [2]. Le code du Brésil ne punit la récidive que d'*un délit de même nature*; le code d'Autriche, que dans le cas *où le coupable a été*

[1] L. un. cod. de superexact.

[2] Quæst. 23, nº 30.

puni pour un semblable délit. La loi prussienne veut aussi que les juges aient égard *à la propension du coupable aux délits de la nature de celui* qu'ils punissent (art. 53). Enfin, dans le système du code de la Louisiane, la récidive n'existe qu'entre des délits *de la même nature* (of the same nature).

Assurément nous ne prétendons pas que les deux faits doivent révéler une complète identité pour que la récidive puisse exister. Il serait illusoire d'admettre, avec le législateur de la Louisiane, que le faussaire qui commet un vol, que le meurtrier qui se rend coupable d'un attentat à la pudeur, ne se trouvent pas en état de récidive; car la même perversité a guidé le voleur et le faussaire, la même passion, le meurtre et l'attentat. Les délits sont de la même nature quand ils dérivent du même principe, quand ils prennent leur source dans le même genre de corruption. Ainsi la nature même des choses a divisé les infractions en délits contre les personnes, délits contre les propriétés, délits politiques, militaires, spéciaux, etc. Dans chacune de ces classes, la réitération d'un délit doit former la récidive; mais, si les deux infractions n'appartiennent pas à la même classe, la récidive n'existe plus, parce qu'il n'y a plus habitude dans un même genre de crime. C'est à ces termes que se résume notre pensée. Cette distinction simple et facile, en renfermant la présomption de la loi dans ses vraies limites, satisferait à la justice morale sans affaiblir un utile principe de répression.

132. Une seconde restriction peut se fonder sur l'intervalle qui, dans certains cas, sépare les deux crimes; la loi doit-elle faire abstraction de cet intervalle? Le second crime mérite-t-il l'aggravation de la peine, à quelque distance qu'il soit placé du premier? Ainsi, relevé de sa première faute par 40 ans d'une vie paisible, le délinquant retombe dans le crime; faut-il réunir deux actions séparées par une si longue carrière, pour en tirer la preuve de cette obstination criminelle que la loi redoute et qu'elle frappe d'une peine plus sévère? Les anciens jurisconsultes ne faisaient pas remonter la récidive au delà de trois ans; car si le délinquant, dit Farinacius, *per*

dictum tempus benè et laudabiliter vixerit, cessat præsumptio quod semel malus, iterum præsumitur malus [1]. Cette règle avait passé dans l'article 15 de la loi du 25 frimaire an VIII, ainsi conçu : « Il y aura récidive quand un délit aura été commis par le condamné dans *les trois années* à compter du jour de l'expiration de la peine qu'il aura subie. » A l'égard des simples contraventions, les articles 608 du code du 3 brumaire et 483 du code pénal ont eux-mêmes limité l'application de la récidive au cas où les deux contraventions ont été commises dans le cours de la même année.

M. Scipion Bexon, dans son projet de code pénal, établit la même distinction. « Il ne doit y avoir lieu, dit ce publiciste, à l'application des peines de la récidive, dans les cas de contravention, qu'autant que les actions contraires aux dispositions de la loi auraient lieu *dans le terme d'une année*. Mais, à mesure que la première action exécutée est plus dangereuse et annonce plus de perversité et de corruption dans son auteur, la menace des peines de la récidive doit s'étendre à un temps plus long; et, dans le cas du deuxième délit dans le cours de trois années depuis le premier, il y a lieu à l'application des peines sur la récidive. Les motifs deviennent plus puissants pour étendre davantage ce temps, quand il s'agit de la récidive pour crimes; en général, ce temps n'est pas déterminé : j'ai proposé de restreindre ce délai de la récidive pour crimes à cinq années depuis la condamnation subie [2]. »

Et en effet, si la perpétration des deux crimes n'a eu lieu qu'à des époques éloignées, la présomption de perversité dont la loi environne le deuxième crime s'évanouit. Comment supposer que le délinquant a été entraîné dans une seconde faute par une habitude dépravée, lorsque de longues années d'une conduite pure viennent déposer contre cette habitude? Et cette vie intermédiaire ne doit-elle pas lui être comptée? La société doit-elle se ressouvenir encore d'un premier crime que 20 ou 30 ans d'une existence paisible ont lavé? Sa bonne

[1] Quæst. 23, n° 26.
[2] Introd., § 19.

conduite l'a régénéré : ce n'est plus un condamné relaps ; la loi ne doit lui reprocher qu'une seule faute.

Toutefois une période de trois et même de cinq ans ne nous semblerait point suffisante pour établir la preuve de la complète conversion du coupable. Peut-être en portant ce terme à dix ans, qui ne compteraient que du jour de l'expiration de la première peine, arriverait-on à concilier l'application du principe de la récidive avec la raison qui le justifie.

133. Une troisième restriction, qui renfermerait implicitement les deux premières, consisterait à faire céder à la preuve contraire la présomption légale que deux crimes font peser sur l'accusé ; à rendre l'aggravation de la peine, non pas obligatoire, mais facultative dans les mains du juge. Ce système, s'il pouvait être strictement appliqué, aurait l'avantage d'établir un rapport aussi exact que possible entre la peine et la moralité du condamné. Mais il met la volonté du juge à la place de celle de la loi, l'arbitraire des décisions humaines au lieu de la stabilité des règles légales. C'est dans cette voie qu'est entrée, bien que d'une manière restreinte, la loi du 28 avril 1832. Nous y reviendrons plus loin.

134. La mesure de l'aggravation dont la récidive est passible doit être circonscrite elle-même dans des bornes assez étroites. La récidive doit entraîner un degré plus élevé de la même peine ; mais elle ne peut motiver une peine différente et d'un degré supérieur. La raison en est simple : le fait à punir ne change pas de nature. La criminalité de l'agent est plus évidente, mais elle n'altère pas le caractère de l'action à laquelle elle se rattache. La peine que le législateur a choisie dans l'échelle des peines pour l'appliquer à cette infraction, doit donc rester la même ; seulement elle peut être élevée jusqu'au *maximum*. Telle est aussi l'opinion de M. Rossi. « Comme la récidive, observe ce criminaliste, n'est qu'une aggravation de culpabilité dans la même espèce de crime, nous reconnaissons qu'on ne devrait jamais changer le genre de la peine, mais seulement en augmenter le taux. » Ce principe, méconnu par la loi romaine, a été suivi par les législateurs du Brésil et de la Louisiane. L'art 46

du code prussien le proclame également dans les termes les plus explicites.

Telles sont les limites dans lesquelles l'aggravation pénale de la récidive devrait, nous le pensons, être restreinte, pour devenir en rapport avec son principe et son but. Notre intention n'est point d'insister davantage sur ces observations théoriques. Nous y reviendrons d'ailleurs dans le cours de ce chapitre.

135. Passons à l'examen du code pénal.

M. Treilhard expliquait ainsi la pensée du code de 1810 : « L'assemblée constituante n'a établi contre le second crime que la peine prononcée par la loi, sans distinction de la récidive; mais elle a voulu qu'après la peine subie, les condamnés pour récidive fussent déportés, disposition qui ne nous paraît pas conforme aux règles d'une justice exacte, puisqu'elle ne fait aucune différence entre celui dont le deuxième crime emporte la reclusion, et celui dont le deuxième crime emporte vingt-quatre années de fers. Il nous a paru convenable de chercher une autre règle plus compatible avec les proportions qui doivent exister entre les peines et les crimes; elle se présente naturellement : c'est d'appliquer au crime, en cas de récidive, la peine immédiatement supérieure à celle qui devrait être infligée au coupable s'il était condamné pour la première fois[1]. »

Ce système de gradation, dont nous avons vu le germe dans la loi romaine, ne fut pas admis sans contestation. La commission du corps législatif proposa d'y substituer une sorte de moyen terme entre la peine déjà encourue et la peine immédiatement supérieure. Cette peine intermédiaire eût consisté en une simple aggravation de la peine encourue, lorsqu'elle n'était que temporaire[2]. Cette proposition, qui se rapprochait des principes que nous venons d'exposer, ne fut point adoptée; le conseil d'État maintint une échelle d'aggravation qui s'élevait symétriquement, mais par degrés inégaux, de la dégradation civique jusqu'à la peine de mort, et il n'hésita point

[1] Locré, t. 29, p. 209.
[2] Locré, t. 29, obs. 7, n° 10, p. 182.



d'inscrire au dernier échelon cette peine terrible pour remplacer celle des travaux forcés à perpétuité, quelque immense que soit l'abîme qui sépare ces deux châtiments.

Auprès de ce système d'aggravation, un autre système se manifestait cependant dans les articles 57 et 58. Ainsi, tandis que l'art. 56 infligeait à la récidive en matière criminelle une peine d'un ordre supérieur à celle que méritait le crime en lui-même, les articles 57 et 58 ne punissaient la récidive en matière correctionnelle que par l'aggravation de la peine encourue, sans en altérer la nature. Deux systèmes marchaient donc de front dans le même code : celui de l'aggravation de la peine encourue, et celui de la substitution à cette peine d'une peine supérieure.

136. La loi du 28 avril 1832, en atténuant quelques-uns des plus déplorables effets de ce dernier système, a maintenu et continué une confusion qu'il eût été facile de faire disparaître. La commission de la chambre des députés ne s'est point dissimulé les vices du nouvel article 56[1]. Le rapporteur s'exprimait en ces termes : « Votre commission a peu d'observations à vous présenter sur la

[1] « Art. 56. Quiconque, ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante, aura commis un second crime emportant, comme peine principale, la dégradation civique, sera condamné à la peine du bannissement.— Si le second crime emporte la peine du bannissement, il sera condamné à la peine de la détention. — Si le second crime emporte la peine de la réclusion, il sera condamné à la peine des travaux forcés à temps.— Si le second crime emporte la peine de la détention, il sera condamné au maximum de la même peine, laquelle[1] pourra être élevée jusqu'au double. —Si le second crime emporte la peine des travaux forcés à temps, il sera condamné au maximum de la même peine, laquelle[2] pourra être élevée jusqu'au double. — Si le second crime emporte la peine de la déportation, il sera condamné aux travaux forcés à perpétuité. — Quiconque, ayant été condamné aux travaux forcés à perpétuité, aura commis un second crime emportant la même peine, sera condamné à la peine de mort. — Toutefois, l'individu condamné par un tribunal militaire ou maritime ne sera, en cas de crime ou délit postérieur, passible des peines de la récidive qu'autant que la pre-

[1] Il faudrait *lequel*. L'erreur est évidente.
[2] Même observation.

disposition du projet qui concerne les récidives. Le principe de l'aggravation obligée de la peine, en cette matière, eût rencontré quelques objections, si l'admission des circonstances atténuantes ne remédiait aux injustices que ce principe peut quelquefois entraîner. Elle a trouvé cependant que, même dans le système du projet, le passage de la détention et des travaux forcés à temps, à la détention et aux travaux forcés à perpétuité, dépassait de beaucoup l'aggravation légitime en matière de récidive, et elle vous propose de borner cette aggravation au *maximum* de la première peine, en laissant toutefois au juge le droit de l'élever jusqu'au double. »

L'ancien système a donc survécu à la révision dans les trois premiers paragraphes de l'article 56 qui remplacent, dans les cas de récidive, la dégradation civique par le bannissement, le bannissement par la détention, la reclusion par les travaux forcés. Mais la loi nouvelle déroge à ce système dans les deux paragraphes suivants, qui se bornent à aggraver la peine applicable au second fait, sans la transformer en une autre peine : ainsi, la détention peut être élevée jusqu'au maximum, et ce maximum porté au double; il en est de même des travaux forcés à temps. Ce n'est là toutefois qu'une exception ; car la loi revient au principe du code de 1810 dans le sixième paragraphe, qui transforme, au cas de récidive, la peine de la déportation en celle des travaux forcés à perpétuité, et dans le septième, qui substitue à cette dernière peine celle de mort.

Ces dispositions révèlent cependant quelques améliorations importantes dans l'échelle pénale. Nous avons fait remarquer les modifications des paragraphes 4 et 5. Il en est d'autres encore. Ainsi, dans l'ancien article, le bannissement était remplacé par la reclusion ; or, il n'existait aucune analogie entre ces peines ; la loi a substitué, avec raison, la détention à la reclusion. Mais, à côté de ces heureuses innovations, comment ne pas éprouver quelque étonnement en voyant la déportation, peine essentiellement politique, rem-

mière condamnation aurait été prononcée pour des crimes ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires. »



placée, au cas de récidive, par les travaux forcés à perpétuité, et cette dernière peine remplacée elle-même par la peine de mort?

157. [[Cependant une double observation doit être faite en ce qui concerne la déportation et en ce qui concerne la peine de mort. On a vu que la loi du 8 juin 1850 a établi deux degrés dans la déportation : la déportation simple, qui avait été prononcée par le code, et la déportation dans une enceinte fortifiée, peine nouvelle destinée à remplacer la peine de mort à l'égard des crimes politiques. Or cette disposition a-t-elle eu pour effet de modifier le 6e § de l'art. 56, qui porte que, « si le second crime emporte la peine de la déportation, il sera condamné aux travaux forcés à perpétuité? » Est-il permis de substituer à cette peine des travaux forcés à perpétuité celle de la déportation dans une enceinte fortifiée? On l'a soutenu en distinguant dans notre code deux échelles de pénalité, l'une pour les crimes communs, l'autre pour les crimes politiques; or n'est-il pas rationnel que les peines appliquées à ces derniers crimes soient toutes prises dans l'échelle qui leur est destinée? Que résulte-t-il de l'ensemble de l'article 56? C'est que les peines, en cas de récidive, doivent être élevées d'un degré? Or quel est le degré supérieur à la déportation simple? N'est-ce pas la déportation dans une enceinte fortifiée [1]? Il est certain que ce système serait plus logique, il est certain qu'il répugne au principe même de la loi nouvelle de substituer les travaux forcés à la déportation; mais est-il possible d'effacer par voie d'interprétation un texte clair, positif et contre lequel on ne peut invoquer aucune abrogation même implicite? L'esprit de la loi du 8 juin 1850 n'est pas le même que l'esprit de l'art. 56; mais cela suffit-il pour mutiler celui-ci? Si le législateur de 1850 ne l'a pas réformé, n'est-ce pas qu'il ne l'a pas voulu, qu'il a prétendu continuer de punir la récidive de la peine des travaux forcés, qu'il a restreint sa réforme aux points qu'il a touchés? Il appartient à l'interprétation de débattre des textes obscurs ou incomplets; mais, en présence d'une disposition si explicite, ne doit-elle pas s'arrêter, et

[1] M. Molinier, Revue critique, 1851, p. 49.

attendre que le législateur, auquel elle a raison de signaler son inconséquence, l'ait lui-même corrigée ?]]

138. Le législateur, qui sentait le vice du principe qu'il posait, a restreint du moins l'application de la peine de mort. Dans le code pénal de 1810, il suffisait, pour être passible de la peine capitale, d'avoir commis, en état de récidive, un crime puni des travaux forcés perpétuels. Le nouveau code ne prononce la peine de mort que dans le cas où le coupable a commis deux crimes emportant l'un et l'autre la peine des travaux forcés à perpétuité. De plus, l'application du système des circonstances atténuantes vient encore circonscrire le cercle où cette peine peut être encourue, à raison de la seule circonstance de la récidive ; mais il suffit que cette exécution soit possible dans un seul cas ; il suffit que le principe soit inscrit dans la loi, pour que nous nous fassions un devoir de le combattre.

Dès 1808, la commission du corps législatif repoussait la peine de mort, comme peine substituée à celle des travaux forcés perpétuels dans les cas de récidive. « Toute récidive, disait cette commission, doit sans doute aggraver la seconde peine ; mais, autant qu'il est possible, on doit faire des efforts pour établir une gradation proportionnelle et équitable [1]. » Depuis la promulgation du code, l'opinion générale n'a pas tardé à s'élever contre cette énorme aggravation de la peine ; et un garde des sceaux, M. Bourdeau, ne faisait qu'obéir à cette impulsion, lorsqu'il présentait, le 9 juin 1829, à la chambre des pairs, un projet de loi qui restreignait le dernier paragraphe de l'article 56 du code pénal aux seuls cas de meurtre commis par un individu condamné à perpétuité [2] : « La progression que le code pénal admet pour établir la peine, portent les motifs de ce projet, s'étend jusqu'à la peine de mort, et cette dernière conséquence d'un principe bon en lui-même nous a semblé trop rigoureuse. Tout le monde convient que la peine de mort doit être réservée pour les crimes les plus graves et les plus dangereux. L'article 56 nous

[1] Locré, t. 29, p. 182.

[2] Monit. du 11 juin 1829, 1re part.



semble s'écarter de ce principe, lorsqu'il applique cette peine par suite de la récidive des faits que la loi n'a pas jugés dignes de mort en eux-mêmes. »

L'article 15 du projet préparatoire de la loi du 28 avril 1832 portait : « En aucun cas, l'aggravation de peine, résultant de la circonstance de la récidive, ne pourra donner lieu à l'application de la peine de mort. » Cet article disparut du projet définitif. M. Chalret-Durieu le reproduisit comme amendement dans la discussion : « La peine de mort, disait ce député, prononcée contre un individu qui, déjà condamné aux travaux forcés à perpétuité, commet un autre crime passible aussi de la peine des travaux forcés à perpétuité, serait, par une conséquence nécessaire, applicable aux simples atteintes contre la propriété privée. Je suppose, en effet, un individu qui commet un vol sur un chemin public après le coucher du soleil ; il est sans armes, il n'emploie ni violences ni menaces pour commettre le vol ; il est, d'après le code pénal, condamné aux travaux forcés à perpétuité. Je suppose que ce voleur s'évade et qu'il récidive, il est puni de la peine de mort. Cette peine est énorme, exorbitante. Quelle est l'objection qui se trouve dans les motifs de la commission? Elle dit qu'il y a un système d'aggravation de peines dans le code pénal, qui ne peut pas être rompu, qu'il faut suivre jusqu'à extinction, jusqu'à la mort. C'est ce principe que je combats ; je ne crois pas qu'il y ait nécessité de le maintenir ; j'aimerais mieux l'inconvénient de déranger la symétrie de cette gradation, l'inconvénient de ne punir que des travaux forcés à perpétuité dans le cas dont il s'agit, que de trancher la tête pour un simple vol, quoique en récidive. » M. Dumon n'opposa qu'un seul argument : « Il est facile, dit-il, de démontrer que si cet amendement était admis, il n'y aurait plus de répression possible contre les individus condamnés aux travaux forcés à perpétuité et qui se seraient évadés. Je suppose, en effet, un de ces hommes condamnés aux travaux forcés à perpétuité, et qui viendra par son évasion désoler la société ; il pourra commettre tous les crimes impunément ; il pourra incendier les forêts, il pourra porter atteinte à la vie d'un homme, pourvu que ce soit sans préméditation, et

vous ne pouvez lui infliger d'autres peines que de le renvoyer au bagne d'où il s'est évadé. » Cette considération fit rejeter l'amendement.

Des doutes pénibles s'élèvent sur cette décision. La distance est immense entre la peine de mort et la plus terrible des autres peines; il n'y a entre elles aucune proportion, et c'est entièrement méconnaître la nature de la première que de la considérer comme un degré ordinaire dans l'échelle des peines. Elle ne peut donc être employée comme une peine aggravante d'une autre peine. Elle est classée en dehors et à part, comme les crimes auxquels elle est réservée. D'ailleurs, et nous l'avons déjà remarqué, la récidive atteste une perversité plus profonde, mais elle n'altère point le caractère intrinsèque du fait : un vol commis sur un grand chemin ne cesse pas d'être un attentat contre la propriété parce que l'accusé s'en est rendu deux fois coupable. Or, si la peine de mort n'est pas la peine légitime du premier de ces vols, comment le serait-elle du second?

On oppose cette seule objection : faut-il laisser impuni le condamné à une peine perpétuelle qui s'évade et qui commet un second crime passible de la même peine? Ne pourrait-on pas se borner à répondre : Il ne fallait pas le laisser s'évader? La première condition de tout système répressif doit être d'empêcher les évasions; aucun système pénitentiaire n'est possible, aucune régénération ne doit être attendue tant que l'espoir d'échapper à la peine luira dans le cœur du condamné. Tous les efforts de l'administration doivent tendre à la destruction de cet abus, et les exemples en deviendront sans doute de plus en plus rares. L'objection n'a donc quelque force que dans une hypothèse réellement exceptionnelle; et, dans ce cas même, le condamné ne sera-t-il pas puni par le seul fait de sa réintégration au bagne? A la vérité, lors même qu'il n'eût pas commis un second crime, et sur la seule preuve de son identité, il eût également repris ses fers. Mais de ce qu'il a épuisé une pénalité, est-ce un motif pour l'exécuter à mort, si son crime ne mérite pas intrinsèquement cette peine? La société n'est elle pas à l'abri de ses atteintes? N'est-il pas détenu pour toute sa vie? ne s'est-il pas fermé la

voie de grâce? Est-ce donc seulement pour empêcher une évasion nouvelle que la loi le frappe de mort? Ajoutez, s'il le faut, à la rigueur de sa peine; doublez le poids de ses chaînes; jetez-le, comme le législateur de la Louisiane, dans une cellule solitaire, ou, comme le code autrichien, imposez-lui des privations alimentaires; mais réservez la peine de mort pour l'assassinat, et ne l'appliquez pas à l'addition de deux crimes qui, isolés, ne l'eussent pas encourue.

139. Nous signalerons plus loin, en développant les règles diverses que l'article 56 a posées, les dernières innovations que la révision a introduites dans cet article. Il importe d'abord, pour suivre un ordre méthodique, de rappeler quelques principes qui dominent l'application de la peine aggravante de la récidive, soit en matière criminelle, soit en matière correctionnelle.

L'un de ces principes est que cette aggravation pénale ne peut être prononcée que dans le seul cas où le premier fait a été précédemment réprimé par une condamnation. Tous les auteurs ont répété cette règle; aucun n'a cherché à la justifier si ce n'est par des arrêts [1].

C'est dans la loi romaine qu'on en trouve la source. Callistrate dit : « *Quod* SI ITA CORRECTI *in iisdem deprehendantur, exilio puniendi sint, nonnunquam capite plectendi* [2]. » Nonobstant ce texte, quelques docteurs ont douté qu'une première condamnation fût nécessaire pour constituer la récidive; Gomézius décide même que l'aggravation doit être appliquée « *etiam quando de primis delictis non fuit nec punitus, nec condemnatus* [3]. » Mais Farinacius pose, au contraire, en principe que l'habitude du crime ne peut faire aggraver la peine, « *nisi de primis delictis fuerit condemnatus et punitus.* » Et il en donne une raison qui est évidente : « *aliàs sine tali punitione, reiterando delictum non possit dici incorrigibilis* [4]. » C'est là, en effet, le vrai motif de cette règle; c'est dans

[1] Legraverend, t. 2, p. 666; Carnot, t. 1, p. 173; Bourguignon, t. 3, p. 47; Favard de Langlade, v° *récidive*, n° 4; Dall., v° *récidive*, t. 11, p. 511.

[2] L. 28, § 3, Dig. *de pœnis*.

[3] In tract. de delict., c. 5, tit. de furt., n° 9.

[4] Quæst. 18, n° 9.

l'avertissement qui résulte d'une première condamnation que réside toute la légitimité de l'aggravation pénale; c'est cette condamnation seule qui peut démontrer l'inefficacité de la peine ordinaire. Et quelle preuve aurait-on, si cette condamnation n'existait pas, que la première peine eût été impuissante à le corriger? Qui pourrait dire que la justice, par une action plus rapide, la peine, par sa bienfaisante influence, n'auraient pas prévenu la rechute de l'accusé? Ce n'est que lorsque la justice a épuisé les moyens de correction, l'avertissement et la discipline de ses peines, qu'elle est fondée à déclarer le condamné relaps incorrigible et à déployer contre lui une sévérité plus grande.

Cette règle est écrite en termes formels dans le code pénal : les articles 56, 57 et 58 ne punissent la récidive qu'autant que le coupable a déjà été *condamné* pour un crime ou pour un délit. Le fait d'une première condamnation est donc une circonstance élémentaire de la récidive légale : la perpétration successive de plusieurs crimes ou délits ne suffirait pas pour la constituer. [[Et il en serait ainsi lors même que l'accusé aurait été l'objet d'une condamnation, si cette condamnation avait été prononcée postérieurement à la perpétration du crime qui fait l'objet de l'accusation [1].]]

Par *condamnation* il faut entendre celle qui résulte d'un jugement ou arrêt définitif; car, tant qu'une voie de recours est ouverte contre une décision judiciaire, cette décision ne peut avoir un effet légal. Ainsi on ne pourrait considérer comme ayant été condamné l'accusé dont la condamnation a été annulée, et que la cour de cassation a renvoyé devant d'autres juges pour y subir un autre jugement [2].

140. Cependant cette règle peut soulever quelques difficultés, lorsque la première condamnation a été rendue par défaut ou par contumace. Une distinction les résout d'abord en partie : si le juge-

[1] Cass. 26 janvier 1844, Bull. n° 23; 11 avril 1844, Bull. n° 132; 18 juin 1857, Bull. n° 229.

[2] Conf. cass. 13 avril 1844, Bull. n° 140.

ment par défaut n'a point été notifié au prévenu, et qu'il n'ait point, par conséquent, été mis en demeure de le faire annuler[1]; si l'arrêt par contumace n'a point puisé dans la prescription la force d'un arrêt définitif, et que l'accusé soit encore dans les délais pour se représenter[2]; en un mot, si la condamnation rendue en l'absence du prévenu n'est point irrévocable, le délit ou le crime dont il se rend coupable n'est point commis en récidive.

Mais si le silence du prévenu ou de l'accusé a maintenu la condamnation provisoire, la solution n'est point exempte de quelques doutes; car le motif de l'aggravation de la peine est la présomption de perversité du prévenu Or, cette présomption de la loi a-t-elle la même force lorsque la première condamnation l'a frappé en son absence et sans qu'il ait pu se défendre, lorsqu'elle ne porte avec elle qu'une preuve incomplète de sa moralité, lorsqu'enfin la peine qui devait le corriger n'a point été subie? Les arrêts par contumace et par défaut ne sont, au fond, qu'une sorte de menace contre les prévenus qui se dérobent à la justice; si cette menace s'accomplit après de certains délais, c'est que la fuite de l'accusé semble entraîner l'aveu de sa faute Mais cette fiction permet-elle de considérer comme complétement fixée la criminalité de cette classe de condamnés? et n'y a-t-il pas quelque injustice à les assimiler aux condamnés dont un débat contradictoire a fixé avec précision le degré de culpabilité, et dont la peine a essayé la réforme? L'avertissement n'a-t-il pas été plus solennel pour ceux-ci, la rechute plus criminelle?

Ces réflexions tendraient à prouver que le motif de la loi ne s'applique qu'avec une certaine résistance aux condamnés par contumace et par défaut, dans le cas même où la condamnation est devenue définitive. Mais il faut reconnaître que la loi n'a point écrit cette distinction. Elle a rangé sur la même ligne *tous les condamnés*, soit que leur peine ait été subie, soient qu'ils se soit soustraits à

[1] Cass. 6 mai 1826, Bull. n° 92, et cass. 22 juin 1844, Bull. n° 231.

[2] Cass. 22 vend. an V, Jurisp. gén., t. 11, p. 511.

son exécution, soit que la condamnation ait été contradictoire ou par défaut. C'est le fait de cette condamnation, et non ses résultats, qu'elle considère. En présence du texte de l'article 56, toute distinction est impossible, et il faut tenir en principe que le condamné par défaut ou par contumace, qui commet de nouveau un délit ou un crime, est en récidive, pourvu d'ailleurs que toute voie de recours soit fermée et que la condamnation soit devenue irrévocable.

141. La même décision s'applique naturellement au cas où le condamné a prescrit sa première peine : la prescription couvre la peine, mais ne détruit pas la condamnation. La jurisprudence de la cour de cassation n'a jamais varié sur ce point[1]; telle était aussi l'opinion de Farinacius : « *Pœna augetur etiam propter antiqua delicta præscripta*[2]. »

Quelques doutes se sont élevés sur les effets de la réhabilitation, pour l'application des peines des la récidive. M. Favard de Langlade[3] a même émis l'opinion que la condamnation cesse d'être un élément pour la récidive, après la réhabilitation du condamné. Une telle doctrine tombe devant le texte de la loi. La réhabilitation n'abolit pas le crime, elle ne l'efface pas, elle ne le pardonne pas. Son effet unique est de relever le condamné, pour l'avenir, des incapacités encourues, à cause de sa bonne conduite. Le code pénal de 1791 avait donné à cette bienfaisante mesure le pouvoir de faire cesser *tous les effets* résultant de la condamnation; mais ces termes ont été retranchés de l'article 633 du code d'instruction criminelle. Dès lors il est évident que le nouveau crime commis après la réhabilitation doit constituer l'accusé en état de récidive. C'est aussi dans ce sens que la cour de cassation a prononcé[4], [[et c'est dans ce sens

[1] Cass. 20 juin 1812, Bull. n° 148; 10 fév. 1820, Bull. n° 36; 4 oct. 1821, Bull. n° 158; 4 juill. 1828, Bull. n° 199. Carnot, t. 1, p. 168; Legraverend, t. 2, p. 609.

[2] Quæst. 23, n° 12.

[3] Répert., v° *récidive*, n° 12.

[4] Cass. 6 fév. 1823, Sir., 23-1-176.

que la loi du 3 juillet 1852 a définitivement tranché cette question [1].]]

Mais si la loi est explicite et claire, est-elle à l'abri de toute critique? L'effet immédiat de la réhabilitation est, pour nous servir des termes de l'ordonnance de 1760 (tit. 16, article 5), *de remettre le condamné en ses biens et bonne renommée*. Or cet homme qui a repris sa place dans la société, qui se trouve à la même hauteur que les autres citoyens, s'il vient à tomber de nouveau, ne tombe-t-il pas du même point? doit il être puni plus sévèrement? Toutes les considérations théoriques que nous avons exposées au commencement de ce chapitre se présentent ici; une distance immense sépare nécessairement les deux crimes, puisque la peine a été subie, puisque la réhabilitation a été précédée de longues épreuves; la bonne conduite du condamné, attestée par cette réhabilitation même, l'a régénéré; la loi l'a replacé au rang des citoyens, elle a voilé son crime; c'est un homme nouveau. Pourquoi ce crime effacé resterait-il indélébile pour la récidive seulement [2]?

142. Le même principe s'applique aux lettres de grâce. La grâce n'abolit pas le crime, elle n'efface pas la tache qu'il avait imprimée sur la personne; elle ne détruit point la condamnation, seulement elle en modifie les effets. Elle ne fait donc aucun obstacle à la récidive [3]. Cette solution a été proclamée par une ordonnance du 14 octobre 1818, portant: « que les lettres de grâce accordées pour le premier crime, encore qu'elles aient fait la remise de la peine, ne dispensent pas de celle qui est encourue par la récidive; qu'en effet, ces lettres n'ont ni éteint le premier crime, ni détruit la première condamnation, et portent uniquement sur ses effets. »

L'auteur de l'article *récidive* du répertoire de Favard de Langlade [4] émet l'opinion que l'expédition des lettres de grâce avant que la

[1] *Voyez* le Traité de l'instr. crim., t. 9, p. 580.

[2] *Voyez* sur cette question le même Traité, t. 9, p. 579.

[3] Cass. 5 déc. 1811, 5 juill. 1821, Bull. no 108; 4 juill. 1828, Bull. no 199.

[4] Répert., t. 4, p. 724.

peine ait commencé à s'exécuter, empêche que la condamnation serve d'élément à la récidive. Cette doctrine est une fausse application de l'avis du conseil d'État du 8 janvier 1823 qui décide que « les lettres de grâce accordées avant l'exécution du jugement préviennent les incapacités légales et rendent inutile la réhabilitation. » La grâce ne détruit pas la condamnation, et c'est le fait seul de cette condamnation, indépendamment de son exécution, qui entraîne l'application des peines de la récidive.

L'amnistie, telle que la cour de cassation l'a définie et sanctionnée, a des effets plus étendus que la grâce : « Elle porte avec elle l'abolition des délits, des poursuites et des condamnations, tellement que ces délits, couverts du voile de la loi, sont au regard des cours et tribunaux, sauf les actions civiles des tiers, comme s'ils n'avaient pas été commis [1]. » Si l'on admet cette doctrine, sur laquelle nous ne pourrions nous expliquer ici sans entrer dans l'examen des lois d'instruction criminelle, il faut en déduire que la condamnation abolie par une amnistie ne peut servir de base à la récidive. [[Telle est aussi sur ce point la jurisprudence constante de la cour de cassation : ses arrêts sont simplement motivés sur ce que « l'amnistie emportant généralement abolition des crimes et délits qui en sont l'objet, elle en efface jusqu'au souvenir et ne laisse rien subsister des condamnations qui auraient été prononcées [2].]]

143. L'existence de la première condamnation doit être établie par l'accusation. Si elle reste ignorée pendant les débats, le bénéfice de cette omission est acquis au condamné, et il ne pourrait en être privé par une addition au jugement. Cette règle résulte de plusieurs arrêts antérieurs au code [3]; et nous pensons, avec M. Carnot [4], qu'elle doit encore être suivie aujourd'hui. La récidive est une circonstance concomitante du second crime; or il y a chose jugée sur

[1] Cass. 11 juin 1825, Sir., 1-164.

[2] Cass. 7 mars 1844, Bull. n° 83; 4 janvier 1851, Bull. n° 6; 25 nov. 1853, Bull. n° 556.

[3] Cass. 18 flor. an VII et 18 fruct. an XIII, Jurisp. gén., t. 11, p. 517.

[4] Sur l'art. 56, n° 15.

toutes les circonstances qui se rattachent à ce fait, dès que la condamnation est intervenue. Cependant, si le fait de la première condamnation n'était connu que pendant l'instance d'appel, nul doute que l'aggravation pénale pourrait encore être appliquée, puisqu'il n'y a point encore de jugement acquis [1].

Le mode le plus simple et le plus régulier de justifier de la condamnation est d'en produire un extrait. Les articles 600, 601 et 602 du code d'instruction criminelle fournissent au ministère public les moyens de rechercher les condamnations précédemment encourues par les accusés. [[La production d'un relevé du cahier judiciaire, signé du greffier, suffit également [2].]] Mais, à défaut de cette production, comment doit se faire cette preuve? Par tous les faits et documents qui peuvent l'établir. Cependant il nous paraît inexact de dire, comme l'a fait M. Dalloz, que « la preuve de la récidive peut se faire à l'audience et résulter d'un aveu du prévenu [3]. » L'aveu seul du prévenu ne saurait former une preuve judiciaire, [[à moins que cet aveu ne soit étayé des documents fournis par le dossier, par exemple de la déclaration de l'arrêt de mise en accusation [4]. Mais il ne suffirait pas d'énoncer qu'il est judiciairement établi que l'accusé a été précédemment condamné, sans préciser ni la date de la condamnation ni la juridiction dont elle émane [5]; il ne suffirait même pas d'alléguer un certificat du directeur de la maison de détention où la peine a été subie [6], ou les énonciations contenues au registre des chiourmes [7];]] car ces énonciations, qui ne peuvent suppléer la représentation de l'extrait en forme de l'arrêt de condamnation, ne sont que des preuves morales que le juge doit apprécier, sans être enchaîné par elles.

[1] Cass. 8 fév. 1821, Jurisp. gén, t. 11, p. 518.
[2] Cass. 4 février 1860, Bull. nº 29; 1 déc. 1859, Dall. 59.5.319.
[3] Jurisp. gén., t. 11, p. 517.
[4] Cass. 1 avril 1853, Bull. nº 115.
[5] Cass. 28 févr. 1846, Bull. nº 61; 9 août 1855, Bull. nº 281.
[6] Cass. 11 sept. 1828, Bull. nº 259.
[7] Cass. 6 août 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 345.

On a demandé à qui appartient cette appréciation en matière criminelle, si c'est à la cour d'assises ou au jury? La jurisprudence a varié à cet égard. Un arrêt du 18 floréal an VII[1] porte « que la question sur la récidive doit être proposée lors des débats comme circonstance aggravante et répondue par le jury. » Mais un autre arrêt du 11 juin 1812 décide, au contraire, que c'est la cour seule qui doit faire cette appréciation : « attendu que le fait de la récidive n'est jamais une circonstance aggravante du fait de l'accusation, puisqu'il en est absolument indépendant; qu'il ne constitue pas non plus par lui-même un délit, puisqu'il n'est qu'un fait moral dont la loi déduit la preuve d'une perversité à raison de laquelle elle aggrave la peine du fait de la nouvelle accusation; qu'il peut et doit donc être jugé et déclaré par la cour d'assises[2]. » M. Carnot a combattu cette doctrine: il pense qu'on doit soumettre la récidive au jury, comme tous les faits qui se rattachent à l'accusation[3]. Nous ne partageons pas cette opinion. Toutes les circonstances aggravantes du fait de l'accusation doivent sans doute être soumises au jury, aux termes des articles 337 et 338 du code d'instruction criminelle. Mais la récidive n'est point une circonstance aggravante; quoique concomitante à ce fait, elle lui est étrangère. Elle diffère sous ce rapport des circonstances de l'âge, de la parenté, des fonctions, qui, à l'égard de certains crimes, forment des circonstances aggravantes. La récidive doit être considérée comme élément accidentel de la délibération pour l'application de la loi pénale, et cette délibération est exclusivement dans les attributions des juges de la cour d'assises, d'après les règles sur la division des pouvoirs qui sont écrites dans les articles 362 et suivants du code d'instruction criminelle.

De ce qui précède il faut déduire deux règles générales : 1° qu'il n'y a récidive qu'autant qu'il y a eu une première condamnation

[1] Jurisp. gén., t. 11, p. 517.
[2] Jurisp. gén., t. 11, p. 518.
[3] Sur l'art. 56, n° 14.

devenue inattaquable; 2° que l'aggravation n'est applicable qu'autant que cette première condamnation est régulièrement prouvée. Nous allons maintenant rechercher quelle doit être la nature de la condamnation intervenue. Mais ici nous sommes forcés de séparer les matières criminelle et correctionnelle; les principes cessent d'être identiques.

144. L'article 56 du code de 1810 déclarait en état de récidive tout accusé déjà condamné *pour crime*. De ces termes, la cour de cassation avait pendant longtemps tiré les plus rigoureuses déductions : elle jugeait que l'accusé qui avait été condamné à raison d'un fait qualifié crime par la loi était passible de l'aggravation pénale, encore bien qu'à raison de son âge ou de toute autre circonstance, la peine appliquée fût purement correctionnelle [1]. La qualification du fait était la règle absolue : il importait peu que cette qualification appartînt à la législation spéciale ou à la loi générale, que la condamnation fût émanée d'une juridiction exceptionnelle ou commune [2].

Les termes explicites du nouvel article 56 ont banni de la jurisprudence ces difficultés : il ne suffit plus qu'un accusé ait été condamné *pour crime*, pour se trouver en état de récidive légale, il est nécessaire qu'il ait encouru *une peine afflictive ou infamante*. Cette peine est l'élément indispensable de la récidive : toutes les fois donc qu'à raison de l'âge ou d'autres circonstances atténuantes, l'accusé d'un crime n'a encouru qu'une peine correctionnelle, le second crime qu'il commet ensuite n'entraîne plus l'aggravation pénale [3].

Mais la disposition de l'article 56 est restée générale; elle embrasse toutes les condamnations précédentes à leur peine afflictive ou infamante, quelles que soient l'époque où elles ont été prononcées, les

[1] Cass. 10 avr. 1818, Bull. n° 42; 2 avr. 1825, Bull. n° 84; 13 oct. 1827, Bull. n° 204; 18 janv. 1827, Bull. n° 11.

[2] Cass. 3 janv. 1824, Bull. n° 1; 28 févr. 1824, Bull. n° 38; 25 nov. 1825, Bull. n° 227; 14 avr. 1826, Bull. n° 87.

[3] Conf. cass. 29 juin 1837, Bull. n° 194; 8 mars 1838, Bull. n° 58; 3 déc. 1840, Bull. n° 344; 7 août 1849, Bull. n° 195; 22 janvier 1852, Bull. n°s 23 et 25; 16 avr. 1852, Bull. n° 127; 7 juillet 1853, Bull. n° 343.

lois en vertu desquelles elles ont été infligées, les juridictions dont elles émanent.

Ainsi, elle s'applique aux condamnations antérieures au code ; et cette application ne doit point être considérée comme entachée de rétroactivité, puisque l'aggravation ne porte ni sur la première condamnation, ni sur le premier crime ; qu'elle frappe seulement sur le second crime commis sous l'empire du code, et qu'elle est prononcée à raison de la perversité et des habitudes criminelles que suppose la récidive [1].

Elle s'applique à toutes les condamnations, encore bien qu'il n'existe aucun rapport d'identité, aucune analogie soit entre les crimes commis, soit entre les peines encourues [2].

Elle s'applique encore aux condamnations intervenues en vertu des lois pénales postérieures au code. Cette dernière difficulté fut soulevée à l'occasion de la loi du 20 avril 1825 sur le sacrilége; plusieurs cours avaient refusé d'étendre l'article 56 aux dispositions de cette loi, parce qu'elle était postérieure à cet article, et la spécialité de quelques-unes de ses incriminations, surtout la sévérité de ses peines, pouvaient justifier cette résistance. L'abrogation de la loi du 20 avril 1825 par celle du 11 octobre 1830 ne permet plus de discuter cette question particulière; mais le principe doit subsister.

Les dispositions du code relatives à la récidive font partie de ces principes généraux qui forment la base d'une législation criminelle, et qui sont destinés à servir de complément et de règle, non-seulement aux lois présentes, mais aux lois à venir. Ces dispositions ont pour objet de protéger l'ordre social et la paix publique contre ceux qui ont déjà bravé la menace des lois; or, quelles sont les lois dont l'infraction peut compromettre la sécurité publique? Évidemment toutes les anciennes lois que la société conserve et toutes les lois nouvelles qu'elle établit; ces lois trouvent une sanction commune, ou du moins

[1] Cass. 20 juin 1812 et 16 nov. 1815, Jurisp. gén., t. 11, p. 513.

[2] Cass. 12 fév. 1813, Jurisp. gén., *ibid.*



un complément de sanction, dans l'aggravation des peines de la récidive? Qu'arriverait-il dans un autre système? C'est que les nouvelles lois seraient aussi redoutables que les anciennes pour les hommes qui n'auraient jamais failli, tandis qu'elles le seraient beaucoup moins pour ceux qui auraient déjà commis un crime. Il suffit d'énoncer une telle inégalité; comment croire que la société, lorsqu'elle est obligée de recourir à de nouvelles lois, puisse avoir l'intention de renoncer aux précautions qu'elle a établies contre les hommes qu'elle redoute le plus? Tant que cette intention n'est pas manifestée par les lois postérieures, le principe de l'aggravation, qui forme le droit commun du système pénal, les saisit et s'y applique.

145. L'article 56 doit-il être écarté lorsque le fait qui a motivé la première condamnation a cessé, lors de la seconde poursuite, d'être classé parmi les crimes? Cette question a été fort controversée. L'article 1er de la loi du 25 floréal an X ne plaçait en état de récidive que les accusés qui avaient été *repris de justice pour un crime qualifié tel par les lois actuellement subsistantes*. On a dit, pour continuer ce système sous le code pénal, que ce code n'avait voulu punir que la récidive des faits qui étaient crimes suivant ses dispositions, et non suivant une loi qui n'est plus, et dont le législateur a proclamé, en l'abrogeant, la sévérité et peut-être l'injustice[1]. La cour de cassation a repoussé cette doctrine. Elle a posé en principe que, lorsqu'il s'agit d'appliquer les peines de la récidive, la criminalité du fait doit être appréciée d'après les lois en vigueur à l'époque où le crime a été jugé, et non d'après les lois postérieures. Le motif de cette jurisprudence est qu'il s'agit d'un fait irrévocablement consommé auquel les qualifications ultérieures doivent rester étrangères[2].

La nouvelle rédaction de l'article 56 paraît devoir clore sans retour cette discussion. La récidive légale, en effet, n'est plus celle des individus déjà condamnés *pour crime*, mais déjà condamnés *à une peine afflictive ou infamante;* ainsi, à l'idée complexe

[1] Carnot, sur l'art. 56, n° 9; Legraverend, t. 2, p. 613.
[2] Cass. 19 août 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 42.

d'un crime précédemment commis, la loi a substitué le fait matériel de telle peine encourue. Elle ne considère point si le fait qui a motivé cette peine ne figure plus parmi les crimes ; le fait de la peine encourue n'en subsiste pas moins, et ce seul fait suffit pour justifier l'aggravation. Telle est la théorie du code ; mais nous pensons que ce code se fût plus rapproché du principe de la justice morale s'il eût autorisé cette exception à la généralité de ces dispositions : car la loi ne doit pas puiser une sévérité nouvelle dans un fait qu'elle déclare en même temps ou peu dangereux ou innocent. On a objecté que si la loi abrogée était sévère, l'audace de celui qu'il l'avait méprisée était plus grande [1]. Mais la culpabilité se mesure sur la gravité intrinsèque du fait. La loi est impuissante pour modifier la valeur morale des actions ; la criminalité de l'auteur d'un délit de chasse sera toujours la même, soit que la peine soit correctionnelle ou infamante : si le premier fait a été injustement élevé au rang des crimes, la loi doit-elle perpétuer l'erreur où elle était tombée et qu'elle a reconnue, en en faisant l'élément d'aggravation d'une peine nouvelle ?

Une question analogue s'est présentée dans une espèce singulière. Un accusé avait été condamné pour vol qualifié commis en récidive, et cette dernière circonstance résultait d'un ancien arrêt qui lui avait appliqué la peine de la reclusion pour un vol commis dans un cabaret. La cour de cassation, saisie du pourvoi, reconnut que, dans cette première procédure, le jury avait omis de déclarer que l'accusé *était reçu* dans le cabaret où le vol avait été commis, circonstance qui, avant la loi du 25 juin 1824, était constitutive du crime. C'était donc par suite d'une erreur judiciaire qu'une peine afflictive et infamante avait été prononcée, puisque le vol, dépourvu de cette circonstance aggravante, ne constituait plus qu'un simple délit. La cour de cassation n'a point hésité dès lors à déclarer que : « lors du nouveau crime par lui commis, le demandeur n'était point précédemment condamné pour crime, ni par conséquent passible de

[1] M. Dalloz, Jurisp. gén., t. 11, p. 514.



l'aggravation de la peine [1]. » Il nous paraît que les termes formels du nouveau code ne permettraient point de suivre aujourd'hui cette équitable décision. En effet, la cour de cassation n'aurait plus à s'occuper de l'exactitude de la qualification du premier crime, mais seulement à vérifier la nature de la peine encourue ; et le fait de son application, élément unique de la récidive, ne serait point détruit par les vices de la condamnation.

146. La disposition de l'art. 56 s'applique, enfin, aux condamnations à une peine afflictive ou infamante prononcées par les tribunaux militaires. Mais une distinction longtemps repoussée, puis admise par la jurisprudence, et qui a passé dans la loi, vient circonscrire cette application. Ce n'est qu'autant que la première condamnation a été prononcée pour des faits communs, punissables d'après les lois pénales ordinaires, que l'aggravation peut être appliquée. Cette restriction, consacrée par le dernier paragraphe de l'article 56, est une importante amélioration. Il était déplorable de faire concourir à l'élévation d'une peine des délits spéciaux et des délits ordinaires. Les condamnations prononcées pour des faits de désertion ou d'insubordination ne peuvent plus servir de base à la récidive [2].

[1] Cass. 16 sept. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 9.

[2] Ainsi la cour de cassation a jugé, par arrêt du 6 janvier 1837, Bull. n° 3 : « qu'il résulte des dispositions de l'art. 56 que la peine de la récidive ne peut s'appliquer, d'après les lois pénales ordinaires, qu'à l'individu qui a déjà subi une condamnation pour un fait ayant la même qualification que celui pour lequel il est de nouveau traduit devant la justice; que si Le Boillé, traduit devant la cour d'assises du Finistère pour un fait qualifié crime par la loi, avait subi une condamnation prononcée par le premier conseil de guerre de la treizième division militaire, comme coupable de vol d'effets appartenant à ses camarades, ce fait n'est qualifié que de simple délit par le code pénal ordinaire; que, quelle que soit la sévérité des peines militaires appliquées à ce délit, ce n'est pas la sévérité de la peine, mais la qualification du fait, qui peut constituer la récidive. » — Il a été également jugé, par un arrêt du 23 janvier 1835, Bull. n° 29 : « que l'aggravation pénale de la récidive n'est pas applicable au prévenu dont le premier délit est un détournement d'effets d'habillement, délit purement militaire. »

Peut-être cette distinction n'est-elle pas suffisante encore; peut-être n'aurait-on pas dû considérer comme éléments de récidive des condamnations, quelles qu'elles fussent, émanées des tribunaux militaires. Car le fait, objet de la condamnation, qu'il soit ou non puni de la loi pénale ordinaire, n'en garde pas moins l'empreinte de la juridiction exceptionnelle qui a fait l'application de la peine. Les garanties qui protégent l'accusé devant le jury, les formes tutélaires et lentes qui le conduisent jusqu'au jugement, ne l'ont point environné. Les formes sommaires des conseils de guerre donnent à leurs jugements un caractère particulier; ils n'ont pas la même autorité, ils n'impriment pas la même infamie. On peut croire que l'honorable susceptibilité qui anime les corps militaires a pu influer sur leur décision, que des considérations étrangères à la justice ordinaire ont pénétré l'esprit des juges : tout jugement de conseil de guerre, alors même qu'il a pour objet un délit commun, est encore un jugement de discipline militaire. Et puis les lois de l'armée n'admettent pas la théorie de la récidive [1], de sorte que, si le crime militaire était commis postérieurement à la condamnation des juges ordinaires, l'accusé n'encourrait aucune aggravation; la destinée de cet accusé sera donc soumise au hasard d'une question chronologique : les mêmes crimes seront punis d'une peine inégale, suivant la juridiction qui sera saisie du dernier. Enfin, il peut paraître que les deux juridictions qui sont en présence dans ce débat, étant étrangères l'une à l'autre, indépendantes l'une de l'autre, on doit hésiter à confondre leurs décisions pour en faire la base commune d'une aggravation de peine.

147. [[Il est utile d'insister sur ce dernier point et de fixer les limites qui séparent les tribunaux militaires et les tribunaux communs en ce qui concerne l'aggravation pénale résultant de la récidive. En principe général, comme on vient de le dire, cette aggravation de

[1] Les lois des 30 sept-19 oct. 1791, 12 mai 1793, 21 brum. an V et 15 juill. 1829, sont muettes à cet égard. — *Voy.* cass. 23 janvier 1835, Bull. n° 29. — *Voy.* cependant l'art. 2 du décret du 19 oct. 1808, relatif à la récidive en cas de désertion.

peine est étrangère à la législation militaire : les codes des armées de terre et de mer de 1857 et 1858, qui ont reproduit toutes les règles du droit commun qui doivent s'étendre à cette matière spéciale, ont gardé le silence sur le fait de la récidive; la réitération des mêmes faits ne s'y trouve prévue qu'à l'égard du seul délit de désertion. Les travaux préparatoires de ces codes manifestent d'ailleurs clairement la pensée du législateur que, pour les crimes et délits militaires ou maritimes, c'est-à-dire prévus par l'un ou l'autre de ces codes, la sévérité de la loi est telle, que le seul choix entre le maximum et le minimum de la peine donne aux juges une latitude suffisante pour assurer une juste et ferme répression, même en cas d'existence d'une condamnation antérieure.

Il suit de là que les conseils de guerre ne sont appelés à faire l'application des art. 56, 57 et 58 du code pénal que lorsqu'ils jugent des crimes et délits dont ils demandent la répression, non point à la loi spéciale, mais à la loi commune. C'est ce qui résultait déjà de l'article 5 de ce code, qui, en déclarant l'inapplicabilité du code aux délits militaires, a pour conséquence que ses dispositions sur la récidive ne peuvent s'appliquer qu'aux délits communs. On peut ajouter que la raison qui a déterminé le législateur à repousser la récidive lorsque le premier délit est purement militaire, existe également lorsque le second délit a le même caractère. Car serait-il juste de frapper de l'aggravation prononcée par la loi commune un fait qui, aux yeux de cette loi, n'a pas les caractères d'un délit et qu'elle n'a pas même prévu?

Un autre corollaire est que les conseils de guerre, lorsqu'ils font retour au droit commun, doivent nécessairement prendre le code pénal avec tous ses principes, et par conséquent ne peuvent appliquer l'article 56 qu'avec la condition, imposée par le dernier alinéa de cet article, que le premier délit aurait été lui-même punissable d'après les lois pénales ordinaires [1].]]

Quoi qu'il en soit, la peine des fers, analogue aux travaux forcés,

[1] Cass. 13 mai 1859, Bull. n° 123.

peut seule, parmi les peines militaires, servir de base à la récidive [1]. Celles des travaux publics et du boulet ne sont point au nombre des peines afflictives ou infamantes, et dès lors ne placent point le condamné sous l'application de l'article 56 [2].

148. L'aggravation que prononce cet article ne peut être appliquée, si la première condamnation est émanée d'un tribunal étranger [3]. Car les limites du territoire sont les limites de la souveraineté; et ce serait donner, contre les principes du droit public, une exécution en France à un jugement rendu par un tribunal étranger, que de lui imprimer une force active pour l'application des peines de la récidive [4]. « Les jugements rendus ès royaumes et souverainetés étrangères, porte l'article 121 de l'ordonnance de 1629, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucun effet en France. » Cette disposition de droit public n'a point été abrogée par les nouveaux codes [5].

Mais on ne doit point considérer comme émanant d'un tribunal étranger la condamnation rendue par une cour criminelle faisant partie de la France à l'époque où elle a été rendue, et détachée du territoire par suite des traités, ou encore les condamnations rendues par une cour criminelle d'un pays étranger, qui depuis a été annexé à la France. La jurisprudence a consacré ces diverses solutions [6].

149. Ici se termine l'explication des diverses dispositions de l'article 56; nous avons vu que leur application est subordonnée à l'existence d'une précédente condamnation, au cas où cette condamnation est devenue définitive, enfin à la prononciation d'une peine afflictive et infamante. Nous croyons avoir donné à ces trois règles un développement suffisant. Quant aux pénalités énumérées par l'article, elles y sont clairement énoncées, et il ne nous paraît

[1] Cass. 12 fév. 1813, Bull. n° 24.

[2] Cass. 30 sept. 1825, Bull. n° 194; 22 déc. 1826, Bull. n° 263; cass. contr. 15 oct. 1813, Bull. n° 22.

[3] Merlin, Quest. de dr., v° jugement, § 14.

[4] Cass. 27 nov. 1828, Journ. du dr. crim., 1829, p. 47.

[5] Cass. 6 août 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 345.

[6] Cass. 19 avr. 1819, Bull. n° 31, et 4 janvier 1861.

pas qu'il puisse s'élever de sérieuses difficultés sur leur application.

Toutefois on doit rappeler que l'article 341 du code d'instruction criminelle prescrit la position d'une question sur l'existence de circonstances atténuantes, en toute matière criminelle, *même en cas de récidive*. Cette importante innovation atténue la rigueur apparente de l'échelle d'aggravation et en corrige les effets. « Le principe de l'aggravation obligée de la peine, a dit le rapporteur de la chambre des députés, eût rencontré quelques objections, si l'admission des circonstances atténuantes ne remédiait aux injustices que le principe peut quelquefois entraîner. » En effet, la gradation des peines, autrefois inflexible, s'assouplit aujourd'hui et peut se mesurer au degré de la culpabilité; l'aggravation était nécessaire, elle n'est plus qu'une faculté. Nous n'hésitons pas à penser que c'est surtout à l'égard des récidivistes que ce système peut produire de salutaires effets; car la loi de l'aggravation de la peine s'appuie sur la présomption d'une perversité plus intense. Or cette présomption peut souvent s'évanouir devant les faits : la récidive n'est pas toujours la conséquence d'une plus grande immoralité; elle peut n'être due qu'à des causes accidentelles. La loi ne devait donc pas imposer au juge la nécessité d'aggraver la peine dans tous les cas : c'est à lui d'apprécier la criminalité de l'agent; c'est donc à lui de peser si la raison de l'aggravation se rencontre ou non dans cet agent.

Cependant une ligne sépare toujours les accusés en récidive des autres accusés : la déclaration de l'existence des circonstances atténuantes n'a pas les mêmes effets pour les uns et les autres. A l'égard des accusés qui n'ont pas encore failli, elle fait descendre la peine d'un et même de deux degrés. A l'égard des accusés en récidive, elle prévient seulement l'aggravation, et ne laisse ensuite au juge que la faculté d'abaisser la peine d'un seul degré; car l'aggravation, étant le droit commun, s'incorpore avec la peine simple, et c'est sur cette peine aggravée que s'exerce l'effet de la déclaration des circonstances atténuantes.

[[Il suit de là : 1° que l'aggravation ne s'applique pas au cas où les circonstances atténuantes sont déclarées à l'égard du second crime : ainsi, l'accusé passible des travaux forcés à temps et, à raison de la

récidive, du maximum de cette peine, ne doit être condamné, s'il y a des circonstances atténuantes, qu'au minimum de cinq ans, ou à la peine inférieure, « attendu qu'aux termes de l'art. 463, les modifications apportées à la condamnation par l'effet de ces circonstances s'appliquent à la peine prononcée par la loi, qui, en cas de récidive, est le maximum [1]; » 2° que l'aggravation ne s'applique pas non plus au cas où le second crime emporte la peine de mort, lors même que cette peine serait réduite à celle des travaux forcés à temps par suite des circonstances atténuantes; car, la peine prononcée par la loi ne comportant pas d'aggravation, il n'est plus possible de calculer cette aggravation lorsque la peine a été abaissée sous l'influence des circonstances atténuantes [2].]]

150. Nous passons maintenant à la récidive appliquée aux matières correctionnelles.

Deux cas de récidive mixte, c'est-à-dire formée par le concours d'un crime et d'un délit, se présentent d'abord à notre examen.

Le premier est celui où un crime a été commis par un individu précédemment condamné à une peine correctionnelle. Le code pénal est muet sur ce cas de récidive : les articles 56 et 57 supposent l'un et l'autre le cas d'une première condamnation pour crime, et l'art. 58 le cas où la récidive est formée par deux délits correctionnels. Le silence de la loi ne permet donc pas l'aggravation de la peine dans cette hypothèse : elle ne constitue pas une récidive légale. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point [3]; mais ils s'accordent aussi pour y voir une lacune dans la loi. Il nous paraît, au contraire, que c'est avec intention que le législateur a gardé le silence : « Il est évident, dit M. le professeur Haus [4], que l'individu qui retombe

[1] Cass. 7 fév. 1852, Bull. n° 53; 7 oct. 1852, Bull. n° 338; 24 mars 1854, Bull. n° 81; 24 sept. 1857, Bull. n° 351.

[2] Cass. 13 janv. 1857, Bull. n° 25.

[3] Carnot, sur l'art. 58, n° 6; Favard, v° récidive, n° 13; Legraverend, t. 2, p. 606; cass. 2 oct. 1818, Bull. n° 133; 8 juill. 1830, Bull. n° 219. Journ. du dr. crim. 1837, p. 175.

[4] Observations sur le projet du code pénal belge, 1835, t. 1, p. 192.

d'un délit dans un crime ne mérite point de subir une aggravation de peine, et d'être mis sur une même ligne avec celui qui, après avoir été condamné pour crime, se rend coupable d'un nouveau crime. Ensuite, quelques peines criminelles, telles que la détention temporaire, la reclusion et les travaux forcés à temps, présentent entre le maximum et le minimum une latitude suffisante pour proportionner la punition à la récidive. Enfin, un premier délit n'est pas sans doute un motif assez puissant pour aggraver la peine de la détention perpétuelle ou celle des travaux forcés à perpétuité, que le coupable a encourue par le second crime. » Nous ajouterons que la règle est d'ailleurs générale, puisqu'un délit n'est point réputé commis en récidive parce qu'il a été précédé d'une contravention, et la véritable raison en est que l'aggravation est absorbée dans ce cas par la peine plus grave encourue par le deuxième fait.

151. Le second cas d'une récidive mixte est celui où le crime a précédé le délit : c'est l'hypothèse de l'article 57 [1]. Plusieurs observations sont nécessaires pour expliquer cet article.

On doit remarquer, d'abord, qu'il a conservé ces mots : *quiconque ayant été condamné pour un crime*, que la loi du 28 avril 1832 a remplacés dans l'article 56 par ceux-ci : *quiconque ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante*. Or, de cette différence d'expressions, doit-on induire un sens différent dans ces deux articles? Tandis que, dans l'article 56, on s'attache, pour reconnaître l'existence de la récidive, à la nature de la peine prononcée, faut-il, dans l'article 57, continuer à la fonder sur la qualification du premier fait?

Nous avons déjà rappelé les motifs de la modification qu'a subie l'article 56. La jurisprudence avait abusé de ces mots *condamné pour crime*, en prenant pour base de la récidive tous les faits aux-

[1] Art. 57. Quiconque ayant été condamné pour un crime aura commis un délit de nature à être puni correctionnellement, sera condamné au *maximum* de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double.

quels la loi avait donné cette qualification, alors même que les juges la leur avaient enlevée, en ne leur appliquant, par suite d'excuses ou de circonstances atténuantes, qu'une peine correctionnelle. Cette interprétation trop rigoureuse était d'ailleurs contraire au système général du code, qui fait dépendre la qualification des faits punissables de la peine dont il les punit. La révision est venue la rectifier, en expliquant les termes de cet article; elle a déclaré que ces mots *condamné pour crime* étaient équivalents de *condamné à une peine afflictive ou infamante.*

A la vérité, cette interprétation n'a été énoncée qu'à l'égard de l'article 56. Mais, dès qu'elle révèle l'esprit de la loi, dès que les deux espèces sont parfaitement identiques, comment refuser de l'étendre à l'article 57? Cette omission d'une révision trop hâtive s'explique facilement : c'est dans l'article 56 que sont les principales règles de la récidive; c'est là qu'il était le plus urgent de porter la réforme. L'article 57 n'est qu'une exception dont les applications sont rares, et dès lors d'une importance secondaire.

Au surplus, le véritable sens de ces mots *condamné pour crime* nous conduirait au même résultat. En effet, d'après la théorie du code pénal, la qualification criminelle du fait se tire de la peine qui lui est applicable [1]. Ainsi l'article 1er déclare d'une manière absolue que l'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un délit, et que celle que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime. Mais la peine elle-même se détermine d'après le degré de la culpabilité; car deux éléments concourent à former un crime, le fait matériel et l'intention criminelle. Or, si cette intention n'a pas été entachée d'une perversité profonde, l'un des éléments du crime se trouve modifié, et la peine abaissée proclame cette modification : afflictive ou infamante, elle maintient la qualification originaire du fait; correctionnelle, elle le transforme en un simple délit.

La cour de cassation n'a point adopté cette doctrine; elle s'est strictement attachée à la qualification extérieure du fait, en faisant

[1] Voyez *suprà*, p. 28.

abstraction des divers degrés de culpabilité de son auteur. C'est aiusi qu'elle a successivement jugé qu'un accusé poursuivi pour un fait qualifié crime est réputé condamné pour un crime, encore bien qu'à raison de son âge, il n'ait encouru qu'une peine correctionnelle[1]; que l'excuse de la provocation, admise par le jury, ne dépouille point le meurtre du caractère de crime, quoique la peine appliquée soit celle de l'emprisonnement[2]; enfin, que la déclaration des circonstances atténuantes ne modifie nullement la nature du fait, alors même qu'elle abaisse la peine jusqu'aux pénalités correctionnelles[3].

Mais cette jurisprudence n'est pas elle-même exempte de contradictions. Car la même cour a décidé qu'un fait, bien que qualifié crime par la loi, ne constituait cependant qu'un délit, lorsque le prévenu, âgé de moins de seize ans, avait été renvoyé en police correctionnelle[4]; de sorte que le même fait passible de la même peine revêtirait tour à tour le caractère de crime ou de délit, suivant la juridiction devant laquelle il aurait été renvoyé. La cour de cassation a encore décidé que la prescription déterminée pour les matières correctionnelles doit s'appliquer au fait qualifié crime que la déclaration du jury ne rend passible que d'une peine correctionnelle[5]; et le motif de cette décision est que « la déclaration du jury, intervenue après des débats contradictoires, fixe seule d'une manière irrévocable le véritable caractère des faits. » D'où il suit que le même fait serait considéré à la fois comme un crime et comme un délit; comme un crime pour l'application de l'aggravation de la récidive, comme un délit pour l'application de la prescription.

[1] Cass. 18 janv. 1827, Bull. nº 21; 10 avr. 1828, Bull. nº 103; 27 juin 1828, Journ. du dr. crim. 1829, p. 58 et 301.

[2] Cass. 17 janv. 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 69.

[3] Cass. 27 juin 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 279, et 28 août 1845, Bull. nº 273. Journ. du dr. crim. 1845, p. 319.

[4] Cass. 2 oct. 1828, Journ. du dr. crim. 1829, p. 58; 9 février 1832, Bull. nº 49.

[5] Cass. 13 janv. et 9 juill. 1829, et 29 nov. 1830, Journ. du dr. crim., art. 39 et 641.

Le principe qui veut que l'excuse ou les circonstances atténuantes ne dépouillent pas le fait de son caractère de crime peut exister, mais c'est seulement devant la chambre d'accusation, parce que cette juridiction ne peut apprécier souverainement les circonstances du fait qui tendent à modifier son caractère ; mais devant la juridiction qui est investie du droit de juger ce fait, quel que soit son caractère, il n'y a plus de motifs d'adopter un principe qui ne peut être invoqué qu'en matière de compétence, et qui ne serait qu'une inutile fiction lorsqu'il s'agit de l'apprécier définitivement pour lui infliger la peine.

[[Néanmoins, et quel que soit le mérite de ces observations, on ne doit pas perdre de vue, dans l'application de la loi, qu'aux termes de la jurisprudence de la cour de cassation, il y a lieu à l'aggravation pénale prescrite par l'article 57 : 1° lorsque le premier fait, qualifié crime, n'a motivé, par l'effet des circonstances atténuantes, qu'une peine correctionnelle, et que le second fait est qualifié délit[1]; 2° lorsque le premier fait, également qualifié crime et puni d'une peine correctionnelle, a été suivi d'un autre fait qui, qualifié crime comme le premier, a été ramené comme celui-ci à la valeur d'un délit correctionnel par la déclaration des circonstances atténuantes. Ces décisions se fondent sur ce que les faits conservent leur qualification, lors même que les nuances de la culpabilité permettent de substituer à la peine légale une peine inférieure, et, en ce qui concerne la seconde, sur ce que ces mots : « délit de nature d'être puni correctionnellement, » indiquent que c'est la peine appliquée, plus que le caractère du fait, qui doit déterminer la récidive[2]. Quelques arrêts cependant, reproduisant un motif d'un arrêt antérieur[3], déclarent que « la récidive de crime n'est pas susceptible d'aggravation quand, en vertu des circonstances atténuantes, ce crime n'a été puni que de peines correctionnelles[4]. » Mais ces arrêts, qui sem-

[1] Cass. 28 août 1845, Bull. n° 273; contr. 16 mars 1844, n° 105.

[2] Même arrêt.

[3] Cass. 8 mars 1838, Bull. n° 58.

[4] Cass. 22 janvier 1822, Bull. n° 26; 4 janvier 1856, Bull. n° 4; 6 fév. 1858, Bull. n° 37.

blent se référer à l'interprétation de l'article 56, ne détruisent point, au moins explicitement, la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Ce n'est qu'au cas où le second fait, puni comme crime, autorise l'élévation de la peine, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'une récidive résultant d'une première condamnation correctionnelle.]]

Les questions que présente l'application des peines aggravantes de l'article 57 se reproduiront plus loin au sujet de l'article suivant. Toutefois ces deux articles diffèrent en ce que la peine de la surveillance prononcée dans le cas prévu par l'article 58, ne l'a pas été dans celui de l'art. 57. Quelques auteurs ont aperçu dans cette différence une lacune, et M. Legraverend, s'appuyant sur l'analogie incontestable des deux hypothèses, enseigne que la surveillance doit être appliquée de plein droit dans l'une comme dans l'autre[1]. Cette proposition est évidemment erronée : une peine ne peut jamais être suppléée par voie d'analogie; au surplus, M. Carnot paraît avoir expliqué le véritable motif du silence de la loi lorsqu'il dit : « Si l'art. 57 n'a pas poussé plus loin sa prévoyance, c'est que le législateur a supposé que le condamné, à raison du délit dont il s'est rendu coupable par récidive d'un crime, se trouve déjà sous la surveillance par suite de sa première condamnation[2]. [[C'est donc là une véritable lacune, peu importante d'ailleurs, et qu'une loi nouvelle pourrait seule remplir.]]

152. Il reste maintenant à parler de la récidive formée par la succession de deux délits correctionnels : c'est la troisième espèce de récidive; c'est l'hypothèse prévue par l'article 58[3].

Dans le système de cet article, deux éléments d'une même nature, mais d'une valeur inégale, constituent la récidive. Le premier de ces éléments est une condamnation à un emprisonnement de plus d'un

[1] Législ. crim., t. 2, p. 603.

[2] Comm. du cod. pén., t. 1, sur l'art. 57, nº 3.

[3] Article 58. Les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année seront aussi, en cas de nouveau délit, condamnés au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double : ils seront, de plus, mis sous la surveillance spéciale du gouvernement pendant au moins deux années et dix ans au plus.

an. Ainsi tous les délits ne deviennent pas indifféremment la base de l'aggravation pénale; ceux qui sont passibles d'un emprisonnement de plus d'un an peuvent seuls entrer dans la constitution de la récidive, et, parmi ceux-là, ceux qui ont été frappés de cette peine sont seuls compris dans la disposition de l'article 58. La raison en est qu'à l'égard des délits qui ont été punis d'une peine inférieure, les limites des peines correctionnelles sont assez larges pour y puiser un châtiment suffisant en cas d'infraction nouvelle, et le délit est trop léger pour que son immoralité puisse réfléchir sur un fait postérieur et en aggraver le caractère.

Mais, lorsque la loi demande au premier délit une certaine gravité pour servir d'élément à la récidive, n'y a-t-il pas quelque contradiction à n'en exiger aucune du second? Ainsi le délit le plus léger suffit pour former la récidive lorsqu'il est précédé d'un délit plus grave, et il n'y entrerait pas comme élément s'il avait été commis le premier, de sorte qu'en renversant l'ordre chronologique des deux condamnations, l'aggravation disparaîtrait. Ajoutons toutefois que le système des circonstances atténuantes a corrigé en partie les vices de cette combinaison. L'aggravation de la peine n'est plus obligée, elle est facultative, elle peut se mesurer sur la gravité du délit.

Une seconde observation est que, dans cet article, comme dans l'article 56, c'est le fait de la peine prononcée qui forme la base de la récidive. C'est la ligne tracée par cette peine qui sépare, dans la classe des délits, ceux qui entrent dans la composition de cette récidive, et ceux dont la répétition n'entraîne jamais d'aggravation pénale. Elle est prise comme la mesure d'un certain degré d'immoralité; il importe peu que cette immoralité se puise dans tel ou tel ordre de délits.

Ainsi la première règle posée par l'article 58 est que l'aggravation de la peine ne s'étend qu'aux seuls prévenus qui ont été précédemment condamnés *à un emprisonnement de plus d'une année*.

L'article ajoute : *condamnés correctionnellement*. Cette dernière expression pourrait être diversement entendue : s'applique-t-elle en effet aux condamnés *par voie correctionnelle*, ou *pour délit correctionnel*? C'est dans ce dernier sens qu'elle doit être comprise; car il

serait impossible d'induire d'une aussi vague expression que l'application de l'article 58 doit être restreinte aux seuls délits de la compétence des tribunaux correctionnels. Telle est aussi l'opinion que la cour de cassation a consacrée, lorsqu'elle a déclaré « que la loi, en prononçant une aggravation de peine en cas de récidive, n'a point eu en vue la compétence ni le mode de procéder du tribunal qui a statué la première fois, mais qu'elle n'a pris en considération que la nature du délit en lui-même, et surtout celle de la peine dont il a été puni[1]. »

Cette règle a plusieurs corollaires. Le premier est que la qualification légale du fait qui a été l'objet de la première condamnation n'est plus indifférente ici dans la constitution de la récidive : la première condition est que ce fait ait été puni d'une peine correctionnelle, et que cette peine excède une année d'emprisonnement; mais il faut encore qu'il soit qualifié délit. Ainsi, lorsque le prévenu d'un délit a été condamné précédemment, même pour un fait qualifié crime, à plus d'un an d'emprisonnement, l'aggravation de l'art. 58 ne doit pas lui être appliquée.

Une deuxième conséquence de la même règle est que la juridiction dont la première peine est émanée n'exerce aucune influence sur l'application de l'article 58.

Ainsi rien ne s'oppose à ce que la peine de plus d'un an d'emprisonnement, prononcée par un tribunal militaire, serve de base à l'aggravation de la récidive. La seule condition est que cette peine ait été encourue pour un délit commun; car le deuxième paragraphe de l'article 56 déclare, en termes formels, qu'il est nécessaire « que la première condamnation ait été prononcée pour des crimes *ou délits* punissables d'après les lois pénales ordinaires. »

Les peines des travaux publics et du boulet, encore bien qu'elles ne soient ni afflictives ni infamantes, ne pourraient servir d'élément à l'aggravation; car l'article 58 n'a parlé que d'un emprisonnement correctionnel. Au reste, ces peines exclusivement militaires ont été réservées pour des délits spéciaux.

Les condamnations émanées des chambres législatives, dans le cas

[1] Cass. 19 oct. 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 353.

où elles sont appelées à connaître des offenses dirigées contre elles, en vertu de l'article 15 de la loi du 25 mars 1822, peuvent, par le même motif, servir à l'application de l'article 58, dès qu'elles prononcent un emprisonnement de plus d'une année. Ce point a été reconnu par la cour de cassation [1].

Du reste, il suffit, pour l'existence de la récidive, que le prévenu ait précédemment encouru une condamnation de plus d'une année d'emprisonnement, et qu'il se rende coupable d'une nouveau délit : ni l'intervalle qui sépare les deux condamnations, ni le caractère différent des deux délits, ni la distance des lieux où ils ont été commis, pourvu qu'ils l'aient été en France, ne font obstacle à l'application de cette règle générale.

[[Ensuite de ces mots « en cas de nouveau délit, » il résulte que l'article 58 n'est pas applicable au cas où le second fait est qualifié crime, quoique la peine appliquée soit correctionnelle, car cette modification de la peine ne change pas la qualification légale [2].]]

153. Toutefois la loi pénale admet quelques restrictions.

Lorsqu'un fait qui suppose l'état de récidive est puni par la loi d'une peine déterminée, cette peine doit seule être appliquée ; aucune aggravation ne peut être prononcée. Le code pénal offre deux exemples de cette règle exceptionnelle dans les articles 45 et 245. Le premier prévoit l'infraction du ban par un condamné à la surveillance, et le second l'évasion des détenus par bris de prison ou par violences. Or ces deux infractions supposent également la récidive, puisqu'elles sont commises par des individus qui se trouvent frappés de condamnation. Cette circonstance est donc essentielle au délit lui-même, et dès lors elle ne peut faire aggraver une peine qui a été mesurée à raison de son existence même [3]. Une autre raison est

[1] Cass. 19 oct. 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 353.

[2] Cass. 8 juillet 1836, Bull. n° 219 ; 6 avril 1838, Bull. n° 94 ; 2 juin 1842, n° 132 ; 16 mars 1844, n° 105.

[3] Cass. 22 fév. 1828, Bull. n° 50 ; arr. Grenoble 11 déc. 1838, Journ. du dr. crim. 1834, p. 91 ; arr. Paris 29 avril 1835, Journ. du dr. crim.,

qu'il s'agit moins ici d'un délit moral que d'une contravention matérielle. La rupture du ban et l'évasion ne révèlent point dans le délinquant une perversité plus dangereuse; ce sont de simples infractions à des mesures de police et de sûreté. Or l'aggravation de la peine se fonde sur une présomption de l'immoralité plus grande du condamné.

[[Cependant il y a lieu de remarquer, avec un arrêt, « que si la condamnation pour l'infraction de ban ne saurait se combiner avec la condamnation qui a placé le condamné en état de surveillance, pour produire l'état de récidive, il n'en est plus ainsi quand la condamnation pour l'infraction de ban est suivie d'une seconde infraction de la même nature; que, dans la première hypothèse, l'infraction supposant par elle-même l'état de récidive, cette circonstance ne peut entrer dans la mesure de la peine, tandis que, dans la seconde, cette considération cesse d'exister [1]. » A plus forte raison, doit-on admettre, avec un autre arrêt, « que si la condamnation qui a prononcé la mise en surveillance ne peut elle-même produire l'état de récidive par rapport aux infractions qui ne résultent que du refus de se soumettre à son exécution, cette raison spéciale reste complétement étrangère à toutes autres condamnations antérieures ou postérieures, ayant une cause distincte; qu'elle ne peut ni modifier les effets qui leur sont propres, ni les empêcher de se reproduire successivement pour chaque nouveau délit [2]. »]]

154. Une deuxième exception à la disposition générale de l'article 58 a lieu lorsqu'une disposition particulière a prévu le cas de récidive d'un délit, et a gradué la peine d'après cette circonstance. Le code pénal nous présente un exemple de cette hypothèse dans son article 200, ainsi conçu : « En cas de nouvelles contraventions, le ministre du culte qui les aura commises sera puni, savoir : pour la première récidive, d'un emprisonnement

p. 100, et cass. 15 juin 1837, Bull. n° 181; Journ. du dr. crim. 1837, p. 167, art. 1991.

[1] Cass. 20 juillet 1854, Bull. n° 229.

[2] Cass. 14 nov. 1856, Bull. n° 352.

de 2 à 5 ans, et pour la seconde, de la détention. » Il est facile d'apercevoir que cet article déroge formellement aux règles générales sur la récidive. Nous remarquerons, en passant, qu'il offre un exemple, rare dans notre législation, d'une aggravation progressive à raison du nombre des récidives. Le code pénal de la Louisiane est le seul qui ait prévu, par une disposition générale, les deuxièmes récidives; cette gradation était une règle de l'ancien droit: « *Graviùs multò puniendus est qui ter deliquit quàm qui bis.* »

[[Plusieurs lois spéciales contiennent des dispositions particulières sur la récidive; nous citerons d'abord la loi du 3 mai 1844, sur la police de la chasse. Un arrêt intervenu au sujet de délits de chasse, a posé la théorie générale de cette matière en déclarant: « que s'il est de règle que les prescriptions du droit commun, en ce qui touche l'état de récidive, dominent les lois spéciales, lorsque ces lois n'en ont pas autrement ordonné, il est également de règle qu'il ne peut plus en être ainsi toutes les fois qu'il a été dérogé par la législation spéciale aux prescriptions du droit commun; qu'il est encore certain en principe que la dérogation peut être expresse ou implicite; qu'elle peut, conséquemment, résulter soit d'un texte précis, soit de l'ensemble des dispositions de la loi nouvelle, d'où peut ressortir la constatation de la volonté du législateur de disposer à nouveau et sans référence avec la loi générale préexistante; qu'en matière de récidive, et alors qu'il ressort de plusieurs de nos lois que cet état a été subordonné par quelques-unes, sinon à l'identité, du moins à la parité des délits, la volonté du législateur de faire cesser la référence avec la loi générale et de disposer à nouveau, résulte virtuellement de ce fait qu'il règle par des prescriptions particulières les éléments et la pénalité de la récidive, telle qu'il entend la prévoir, la constituer et la punir; qu'il en a été ainsi fait par les art. 14 et 15 de la loi sur la police de la chasse du 3 mai 1844; qu'en effet elle a déterminé, d'une part, par l'art. 15, les conditions constitutives de la récidive, qui n'existe, d'après cet article, que « lorsque, dans les douze mois qui ont précédé l'infrac-

tion, le délinquant a été condamné *en vertu de la présente loi;* » et, d'autre part, par l'art. 14, l'aggravation de peine qui doit découler de cet état[1]. »

La législation fournit d'autres cas auxquels la même doctrine s'applique.

L'art. 43 de la loi du 5 juillet 1844, sur les contrefaçons industrielles, est ainsi conçu: « dans le cas de récidive, il sera prononcé, outre l'amende portée aux art. 40 et 41, un emprisonnement d'un mois à six mois. Il y a récidive lorsqu'il a été rendu contre le prévenu, dans les cinq années antérieures, une première condamnation pour un des délits prévus par la présente loi. » Il faut donc, pour qu'il y ait récidive, dans le système de cette loi spéciale, la double condition de l'identité des deux délits et de leur perpétration dans l'intervalle de cinq ans.

L'article 4 de la loi du 27 mars 1851, sur les fraudes dans la vente des marchandises, porte: « Lorsque le prévenu, convaincu de contravention à la présente loi, ou à l'article 423 du C. P., aura, dans les cinq années qui ont précédé le délit, été condamné pour infraction à la présente loi ou à l'art. 423, la peine pourra être élevée jusqu'au double du maximum, sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des articles 57 et 58 du C. P. » Cette disposition place encore, à côté de la récidive du droit commun, une récidive spéciale fondée sur l'identité des délits et leur perpétration dans les cinq ans.]]

On doit placer dans la même exception les délits militaires qui, comme on l'a vu précédemment, ne donnent pas lieu à l'aggravation pénale de la récidive, et les délits purement spéciaux qui, comme les délits de douanes et de contributions indirectes, ne pourraient, à raison de leur caractère exceptionnel, se combiner avec des délits communs pour en aggraver la peine.

[1] Cass. 21 avril 1855, Bull. nº 135; 22 janv. 1824, Bull. nº 11; 2 fév. 1832, Bull. nº 36.

155. La récidive prévue par l'art. 58 n'entraîne point un peine d'un autre ordre que celle que le second délit eût encourue sans cette circonstance : l'aggravation consiste uniquement dans la prolongation de sa durée. L'article 58, identique sur ce point avec l'article 57, porte : « Les coupables seront condamnés au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double. » Cette dernière disposition pourrait paraître bien rigoureuse, si le bénéfice des circonstances atténuantes ne venait en tempérer la sévérité.

L'application de l'article 463 aux cas de récidive avait fait naître des doutes sous le code de 1810. La cour de cassation avait jugé d'abord que cette application ne pouvait avoir lieu [1]; mais depuis elle avait répudié cette jurisprudence, en s'appuyant sur la généralité de la disposition de l'article 463 [2]. La loi du 28 avril 1832 a dissipé toutes les incertitudes en consacrant cette interprétation. Les peines aggravantes des articles 57 et 58 ne sont donc plus que facultatives : les juges peuvent les réduire jusqu'au taux des peines de simple police, et même substituer l'amende à l'emprisonnement, pourvu que le jugement constate l'existence des circonstances atténuantes qui motivent cette réduction. Cette déclaration est la condition essentielle de l'atténuation de la peine. [[Peut-être le législateur eût-il pu décider que, dans le cas de récidive, la peine ne serait pas abaissée au-dessous d'un minimum déterminé par la loi.]]

Ce n'est donc que dans le cas où les juges ne reconnaissent pas de circonstances atténuantes que ces deux articles deviennent rigoureusement applicables. Il faut alors rechercher le sens de la disposition qui exige la condamnation au *maximum de la peine portée par la loi*. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Si la loi pénale ne porte qu'une seule peine, aucune difficulté ne

[1] Cass. 3 fév. 1814, Bull. nº 11.

[2] Cass. 22 sept. 1820, Bourguignon, t. 3, p. 48; 2 fév. 1827, Bull. nº 25.

peut exister. Mais il peut arriver qu'elle porte à la fois une peine principale et d'autres peines facultatives ; qu'elle prononce ensemble plusieurs peines principales; enfin, qu'elle offre à la volonté des juges deux peines alternatives. Dans ces trois espèces, l'élévation de la peine au *maximum* peut donner lieu à quelques difficultés.

Le premier cas est celui où la loi prononce à la fois une peine principale et des peines accessoires facultatives. L'article 401 du code offre un exemple de ce concours de pénalités : comme peine principale, il inflige au prévenu de vol simple l'emprisonnement, et il laisse au juge la faculté d'y ajouter l'amende, l'interdiction des droits civils et la surveillance. Plusieurs tribunaux avaient pensé que le maximum de ces diverses peines devait concurremment être prononcé en cas de récidive : « attendu que le mot *peine* dont se sert l'article 58 est complexe dans sa signification, et comprend à la fois toutes les dispositions répressives qui doivent être appliquées à l'individu reconnu coupable; que la peine portée en l'article 401 se compose de quatre dispositions différentes ; que le législateur, en prononçant contre le coupable en état de récidive *le maximum de la peine* portée par la loi, a nécessairement entendu que les tribunaux seraient tenus de prononcer le *maximum* des quatre éléments de répression mentionnés en l'article 401 [1]. »

Cette doctrine n'est point justifiée par le texte de la loi. L'article 58 ne prononce que le *maximum de la peine portée par la loi*, et non *de toutes les peines* que la loi a pu mettre à la disposition du juge; et cet article entend si peu cumuler nécessairement ces peines, qu'il ajoute : « *Ils* (les condamnés) *seront* DE PLUS *mis sous la surveillance.* » D'un autre côté, l'article 401 renferme deux ordres de peines : les unes *principales*, que le juge est obligé de prononcer,

[1] Arr. Paris 23 sept. 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 231 ; Douai, 24 fév. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 66. — *Voy.* aussi M. Merlin, v° récidive, t. 15, add.; et cass. 26 fév. 1835, Bull. n° 65 ; Journ. du dr. crim. 1835, p. 214, art. 1608 ; 30 juillet 1847, Bull. n° 107.

c'est l'emprisonnement, et en certains cas l'amende; et les peines *accessoires*, qu'il a la faculté d'appliquer ou de ne pas appliquer : telles sont la surveillance et l'interdiction des droit civiques. Or, cette distinction importante a-t-elle été effacée par l'article 58 ? Ces dernières peines cessent-elles d'être facultatives parce que le prévenu est en état de récidive? Il faudrait une disposition formelle pour dépouiller les tribunaux d'une latitude salutaire pour l'application de ces peines accessoires, et cette disposition n'existe pas; cette latitude, qui tend d'ailleurs à alléger le sort des condamnés, doit donc être conservée. Telle est, au surplus, la jurisprudence invariable de la cour de cassation, fondée sur les termes précis de l'article 58 [1]. On peut donc considérer comme une règle constante que, lorsque la loi prononce à la fois une peine principale et des peines accessoires facultatives, les juges ne sont tenus d'appliquer le *maximum* que de la peine principale.

Le deuxième cas est celui où la loi a prononcé cumulativement plusieurs peines; nous citerons pour exemple les articles 410 et 411 du code. Dans l'espèce de ces articles, l'amende et l'emprisonnement sont des peines également principales; la récidive les élève donc à la fois au *maximum*.

La troisième hypothèse, enfin, est celle où la loi prononce deux peines, mais en laissant aux tribunaux la faculté de n'en appliquer qu'une seule. Telle est la disposition de l'article 311, qui porte que les blessures ou les coups seront punis d'un emprisonnement et d'une amende, ou *de l'une de ces deux peines seulement*. Les tribunaux conservent, au cas de récidive, la faculté de n'appliquer qu'une peine, pourvu qu'ils l'élèvent au maximum ; s'ils les appliquent à la fois, ils ne sont tenus d'élever au maximum que l'une d'elles.

Mais, dans ces divers cas, la peine de la surveillance doit néces-

[1] Cass. 10 sept. 1813, Bull. n° 210; 10 fév. 1827, Bull. n° 37; 14 fév. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 192; 19 avr. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 127.

sairement accompagner les peines principales. Le deuxième § de l'article 58 porte en effet que les condamnés *seront de plus* mis sous la surveillance pendant au moins cinq années, et dix ans au plus; ainsi cette peine est nécessaire, et les tribunaux ne peuvent en dispenser les coupables. Toutefois, si le jugement avait omis de la prononcer, elle ne pourrait être suppléée, car les articles 47 et 48 du code ont déterminé d'une manière limitative les peines qui emportent la surveillance *de plein droit*. Le jugement pourrait seulement être déféré à la cour de cassation à raison de cette omission.

Nous avons précédemment examiné (n° 77) la question de savoir si le prévenu en récidive peut être dispensé de la surveillance, dans le cas où des circonstances atténuantes sont déclarées. Il est aujourd'hui de jurisprudence que cette peine accessoire doit suivre le sort de la peine principale, et que la faculté d'atténuer ou de faire disparaître celle-ci suppose le pouvoir de dispenser de la première [1].

156. Les règles que nous venons de parcourir ne s'appliquent pas sans quelques restrictions aux délits de la presse : la loi spéciale a dérogé à cet égard à la loi commune; il faut mesurer l'étendue et les limites de cette dérogation.

Elle est tout entière dans l'article 25 de la loi du 17 mai 1819, ainsi conçu : « En cas de récidive des crimes et délits prévus par la présente loi, *il pourra y avoir lieu* à l'aggravation de peine prononcée par le chapitre 4, livre 1er du code pénal. »

On lit dans les discussions législatives qui préparèrent cette loi, que le projet portait : *Il y aura lieu à l'aggravation*. Quelques députés ayant réclamé contre cette pénalité aggravante appliquée à des délits aussi légers que le sont ordinairement les délits de la presse, il fut répondu qu'il n'y avait récidive légale, aux termes de l'article 58 du code pénal, qu'autant que la première condamnation excédait une année d'emprisonnement; et M. de Serre, prévoyant le cas où

[1] *Voyez* l'arrêt des ch. réun. cass 2 janvier 1836, *suprà*, p. 190.

le second délit serait faible comparativement au premier, proposa de rendre l'aggravation facultative. Ces mots *il y aura lieu* furent remplacés en conséquence par ceux-ci : *il pourra y avoir lieu*[1].

Ainsi le juge dispose, en matière de presse, des pénalités de la récidive, mais il n'est pas tenu de les appliquer. Cette disposition facultative, innovation à l'époque de la promulgation de cette loi, n'est plus aujourd'hui que le droit commun lui-même, depuis l'extension au cas de récidive du bénéfice des circonstances atténuantes. Elle remplace, à l'égard des délits de la presse, l'atténuation autorisée par l'article 463, et que la jurisprudence a écartée de ces délits.

Mais la cour de cassation a pensé que cette *faculté* n'existait que lorsque les délits successivement commis sont l'un et l'autre réprimés par les lois spéciales, et qu'il y a *obligation* d'appliquer l'art. 58 du code pénal, lorsque la première condamnation a été prononcée en vertu d'une disposition de ce code[2]. Cette interprétation, que nous avons mûrement pesée, n'a point entraîné notre conviction ; nous devons compte des motifs de nos doutes.

Rappelons d'abord que le projet de la loi du 17 mai 1819 portait *il y aura lieu*, à la place de *il pourra y avoir lieu*. Cependant cette dernière expression fonde tout le système de la cour de cassation. Cet article, à ses yeux, n'a eu qu'un seul but : c'est de substituer la *faculté* à la *nécessité* d'appliquer les peines de la récidive dans le seul cas où les deux délits sont également prévus par cette loi. Mais n'est-ce pas placer la disposition entière dans une seule de ses parties ? Quel but avait cet article 25 dans le projet de loi? n'avait-il donc aucun sens ? était-ce une disposition inutile et parasite ? car l'amen-

[1] Séance du 21 avr. 1819, Moniteur du 22.

[2] Cass. 12 sept. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 389 ; 13 sept. 1832, *ibid.* 1832, p. 198. Jugé même que l'application de l'art. 58 au prévenu de délit de presse n'autorise pas celle de l'art. 463. Cass. 7 sept. 1837, Bull. n° 262 ; Journ. du dr. crim. 1837, p. 263, art. 2046. — Mais cette dernière décision a été effacée par l'art. 8 de la loi du 11 août 1848.

dement n'en a changé ni le sens ni la portée ; il n'a fait qu'en rendre l'application facultative.

C'est qu'une pensée plus large se manifestait dans cet article : avant de songer à rendre les peines de la récidive facultatives, le législateur avait voulu limiter ces peines aux seuls cas d'une récidive formée par les délits de la presse eux-mêmes. Il séparait ces délits des délits communs; c'était l'application de ce principe que nous avons rappelé en commençant ce chapitre, et qui veut que les délits qui concourent à l'aggravation de la peine soient d'une nature identique. De là les termes limitatifs de la loi ; elle ne prévoit qu'un seul cas de récidive, la récidive des crimes et délits qu'elle punit ; et si elle renvoie aux règles générales du code, c'est pour les appliquer à la mesure des peines dans ce cas unique.

Et comment confondre en effet les délits de la presse, délits essentiellement politiques, avec les délits communs, pour faire des uns et des autres la base d'une même peine, pour en tirer la présomption d'une immoralité commune? Les délits de la presse ont une criminalité qui leur est propre; elle devient plus intense quand le prévenu est en récidive, parce que cette récidive révèle un agent plus dangereux dans l'ordre politique. Mais elle n'acquiert aucune gravité d'une infraction commise dans un autre ordre de délits, parce que, dans ce cas, ces deux délits n'ont ni le même but ni le même péril, parce qu'ils ne supposent ni le même degré ni la même nature de perversité.

Aussi la confusion de ces délits produit des résultats étranges : si le délit commun est commis en dernier lieu, la peine peut être atténuée jusqu'aux extrémités de l'échelle pénale, en vertu de l'art. 463; tandis que dans l'ordre contraire, si le délit de la presse est postérieur au délit commun, la peine demeure inflexible, fixée au maximum de la loi. Etrange système qui punit les mêmes faits de peines différentes suivant l'ordre de leur date ! Ainsi les mêmes délits sont réputés des délits communs lorsqu'ils doivent supporter l'aggravation de la récidive et pour les faire concourir avec un autre délit, et des délits spéciaux pour les écarter de l'application générale de l'article 463.

Nous sommes loin de penser, toutefois, que les lois de la presse doivent être considérées comme un corps spécial de lois qui seraient soustraites à l'empire des règles communes. « Les délits de la presse ne sont autres que les délits prévus et définis par les lois pénales ordinaires, et que la presse a servi à commettre : la loi de la presse ne fait que recueillir dans ces lois les actes déjà incriminés auxquels l'imprimerie a servi d'instrument [1]. » Cette législation doit donc être regardée comme un complément et une partie du droit commun ; elle doit en refléter les principes.

Mais il s'agit ici non de fonder une théorie, mais de restituer à un texte précis son sens naturel. En général, toutes les fois qu'une loi particulière renferme une règle, il faut s'y arrêter ; car cette règle est la pensée de cette loi, et l'on s'en écarte dès qu'on tente de la ployer sous l'empire des règles communes. L'article 25 a évidemment, et nous l'avons prouvé, un sens, un but quelconque, indépendamment de la faculté qu'il laisse aux juges dans l'application des peines aggravantes ; or, quel est ce but ? ce ne peut être que de limiter la portée des articles 56, 57 et 58 du code pénal au seul cas où les deux délits appartiennent aux lois de la presse.

Ensuite, ce ne serait point imprimer à ces délits un caractère spécial que de les séparer, en ce qui concerne l'aggravation de la récidive, des autres infractions. Les délits communs diffèrent entre eux soit par leur cause impulsive, soit par leur but, soit par la nature de leur immoralité; et peut-être une loi pénale rationnelle ne devrait-elle faire concourir à l'aggravation de la peine que les délits de la même nature : telle est l'opinion que nous avons déjà exprimée. Or, si les délits commis par la voie de la presse ne diffèrent pas des délits communs quant à leur criminalité intrinsèque, ils en diffèrent parce qu'ils sont généralement empreints d'un caractère politique, et que dès lors leur moralité varie et se modifie suivant les circonstances politiques, l'opinion générale et la situation du pays. Leur alliance avec un délit

[1] Du jury appliqué aux délits de la presse, p. 7 et 8.

ordinaire ne peut donc produire la même présomption de perversité que l'agrégation de deux délits communs.

157. Si nous avons insisté sur cette question, c'est que la jurisprudence paraît s'être fixée dans un sens contraire ; c'est qu'elle domine non-seulement la loi du 17 mai 1819, mais toute la législation de la presse. La cour de cassation a reconnu en effet, et nous sommes parfaitement de cet avis, que « la loi du 25 mars 1822 n'est qu'une suite, une extension de la loi du 17 mai 1819 [1]. » La même règle doit donc s'étendre à ses dispositions. Elle doit régir également l'article 10 de la loi du 9 juin 1819, portant : « Les amendes pourront être élevées au double, et, *en cas de récidive*, portées au quadruple, *sans préjudice des peines de la récidive portées par le code pénal.* » Cette disposition, à la vérité, est impérative ; mais aucun texte, aucune discussion législative ne révèle l'intention de déroger à la loi du 17 mai 1819. Celle du 9 juin n'avait qu'un but, c'était de déployer une sévérité plus grande à l'égard des délits commis par la voie des journaux ; mais cette intention s'accomplissait par l'élévation des peines. Telle est aussi l'opinion de l'auteur des *Lois de la presse :* « Dans le doute, dit ce magistrat, je me garderai bien de conclure de ce qu'on a voulu plus de sévérité, qu'il faut aller jusqu'à rendre *obligatoires* toutes les peines de la récidive. C'est assez que les magistrats puissent donner le maximum de la peine corporelle, et même la doubler; qu'ils puissent en outre doubler et quadrupler l'amende. Je ne sépare pas le présent art. 10 de la disposition de la loi du 17 mai 1819, relative à la récidive, et je maintiens que cet article est purement facultatif [2]. »

Enfin, la même règle se reproduit encore dans l'article 15 de la loi du 18 juillet 1828, ainsi conçu : « *En cas de récidive* par le même gérant, et dans les cas prévus par l'article 58 du code pénal, indépendamment de l'article 10 de la loi du 9 juin 1819, les tri-

[1] Cass. 22 janv. 1834, Bull. nº 11.

[2] Lois de la presse, par M. Parant, p. 124.

bunaux *pourront*, suivant la gravité du délit, prononcer la suspension du journal. » Ainsi cette peine accessoire est, de même que les peines principales aggravantes, purement facultative.

Mais il faut remarquer que, dans cette dernière loi, la spécialité des deux délits est visiblement exigée comme une condition de la récidive : il faut que le deuxième délit ait été commis *par le même gérant*. L'aggravation n'est donc applicable qu'à deux délits commis par la voie du même journal.

La loi ajoute encore : « *Dans les cas prévus par l'article 58 du code pénal ;* » ce qui indique qu'il est nécessaire que la première condamnation ait excédé une année d'emprisonnement. C'est là l'une de ces règles générales auxquelles la législation de la presse n'a point dérogé, et qu'il était superflu de rappeler.

Cette législation renferme encore une disposition relative à un cas particulier de récidive. L'art. 7 de la loi du 25 mars 1822 punit l'infidélité et la mauvaise foi dans le compte que rendent les journaux des séances des chambres et des audiences des cours et tribunaux ; et le deuxième paragraphe ajoute : « *En cas de récidive*, les éditeurs du journal seront, en outre, condamnés à un emprisonnement d'un mois à trois ans ; dans les mêmes cas, il pourra être interdit, pour un temps limité ou pour toujours, aux propriétaires et éditeurs du journal condamné, de rendre compte des débats législatifs ou judiciaires. »

Cette disposition soulève plusieurs questions. D'abord, y a-t-il récidive lorsque le journal, condamné pour un compte rendu infidèle d'un débat *législatif*, tombe dans le même délit en rapportant un débat *judiciaire?* Nous ne faisons aucun doute qu'il y ait lieu, dans ce cas, à l'application de la peine de la récidive, parce que le délit est de la même nature dans les deux hypothèses, et qu'il consiste, dans l'un et l'autre cas, dans l'infidélité et la mauvaise foi d'un compte rendu. C'est cette mauvaise foi, manifestée par deux actes successifs, que la loi a voulu frapper d'une peine plus sévère. Peu importe que l'une des condamnations émane d'un corps politique : la loi a momen-

tanément investi ce corps du pouvoir judiciaire; ses jugements, rendus dans le cercle de sa compétence, ont toute la force des jugements émanés des tribunaux ordinaires [1].

Mais est-il nécessaire que la première condamnation excède un an d'emprisonnement? Évidemment non, et sous ce rapport l'article 7 de la loi du 25 mars 1822 fait une exception formelle à l'article 25 de la loi du 17 mai 1819. Par le mot *récidive*, la loi n'a voulu parler ici que d'une seconde infraction de la même nature, et non d'une récidive légale. Une seconde exception est que l'aggravation consiste, dans le même cas, non dans le *maximum* de la peine de l'amende, la seule qui soit infligée à la première infraction, mais dans deux peines nouvelles, celles de l'emprisonnement et de l'interdiction. Ainsi les juges conservent, même au cas de récidive, la faculté de graduer l'amende depuis le minimum jusqu'au maximum.

Enfin, la peine de l'emprisonnement est-elle obligatoire? Ce qui pourrait le faire croire, c'est que le troisième paragraphe de l'art. 7 rend purement facultative la mesure de l'interdiction, tandis que le deuxième paragraphe semble imposer le devoir de prononcer l'emprisonnement. Mais les mêmes motifs que nous avons exposés à l'égard de la loi du 9 juin 1819 militent ici. La faculté d'appliquer les peines aggravantes, admise par la loi du 17 mai 1819, embrasse toutes les lois subséquentes, et il faut se rappeler que l'article 463 du code pénal est inapplicable à l'hypothèse qui nous occupe, et que cette hypothèse peut toutefois renfermer des motifs d'atténuation; on ne doit donc pas priver les juges d'un pouvoir qu'ils tiennent d'une disposition générale, et que l'art. 7 de la loi du 25 mars 1822 ne leur refuse d'ailleurs nullement d'une manière positive.

Nous terminerons ici nos observations sur la récidive. Nous avons successivement exposé les règles générales de cette matière, et les exceptions que la loi a posées quelquefois à ces règles. Nous avons parcouru le vaste champ des questions qu'elle a fait naître, en ratta-

[1] Voy. *suprà*, p. 345.

chant chaque solution à l'une de ces règles. Quelques difficultés relatives à la même matière se présenteront encore dans le cours de notre ouvrage; mais elles avaient trait plus particulièrement à d'autres chapitres, et nous avons cru devoir les y renvoyer.

CHAPITRE XI.

DE LA TENTATIVE.

(Commentaire des art. 2 et 3 du code pénal.)

---

158. Le développement des règles générales qui dominent l'application des peines a fait l'objet des chapitres précédents. Après avoir remonté aux principes fodamentaux du code, après avoir recherché le système qui domine ce code, nous avons dû nous arrêter d'abord à l'examen de son échelle répressive, analyser les degrés qui la composent, en discuter l'efficacité, en suivre les effets. Le mode d'exécution des châtiments, les règles auxquelles leur application

est soumise, le principe d'aggravation qu'ils puisent dans une circonstance extrinsèque au délit, la récidive, formaient le complément nécessaire de la théorie des peines.

Une matière nouvelle va se dérouler à nos yeux : il s'agit maintenant d'apprécier la valeur morale des actions punissables, et le degré de responsabilité qu'elles doivent faire peser sur leurs auteurs ; il faut discerner les diverses faces, les nuances multipliées de la criminalité, sonder les mystères de la volonté humaine, tracer la ligne qui sépare la pensée criminelle du crime lui-même, et mesurer la route parcourue par l'agent dans son exécution. C'est la partie du droit pénal la plus élevée et la plus hérissée de difficultés ; c'est aussi celle qui commande l'intérêt au plus haut degré.

Un crime a été commis ; la société effrayée appelle le châtiment ; mais comment graduer ce châtiment dans une juste mesure, si la criminalité a mille degrés divers d'intensité, si l'accusé n'a fait que préparer le crime, s'il s'est arrêté après les premiers actes d'exécution, s'il ne l'a pas consommé, si, complice d'une action commise en réunion, son rôle n'a été que secondaire, sa participation indirecte, si son jeune âge lui voilait l'immoralité de son action, si l'ivresse troublait son intelligence, enfin, si la contrainte ou la démence paralysait sa volonté, et lui ôtait la responsabilité de ses actes ? La loi, dont la mission est de proportionner la peine à la criminalité, doit prévoir, en formulant ses imputations, chacune de ces circonstances, chacune de ces modifications ; car, si elle en négligeait une seule, la peine qu'elle appliquerait ne serait plus dans les limites de la justice morale. Ce sont ces nuances différentes de la culpabilité que les criminalistes ont distinguées sous les noms de *tentative*, de *complicité*, d'*excuses d'âge*, de *démence*, etc.

159. Nous nous occuperons, dans ce chapitre, de la *tentative*.

Tant qu'une pensée repose dans le sein de l'homme, Dieu seul a le droit de lui en demander compte. Ce n'est que lorsqu'elle se produit au dehors, lorsqu'elle se manifeste par des actes extérieurs, qu'elle tombe sous la juridiction humaine. *Cogitationis pœnam nemo*

patitur, a dit Ulpien [1]. Ainsi les résolutions les plus perverses, les plus criminels projets restent libres, tant qu'ils ne sont que des résolutions et des projets. La loi voudrait vainement les atteindre, son action serait frappée d'impuissance; ils échappent par leur nature même à la répression. Ce n'est qu'à l'instant où l'homme, qui a conçu cette pensée d'un crime, la manifeste par quelque acte extérieur, que le péril social commence, que la responsabilité devient possible.

Mais ici se présentent les plus hautes questions. A quel acte cette responsabilité doit-elle le saisir? Suffit-il qu'il ait préparé l'accomplissement de son projet? faut-il qu'il ait commencé son exécution? et quand cette exécution doit-elle être réputée commencée? Ensuite, la peine doit-elle, souple et progressive, le suivre depuis les premiers actes jusqu'aux actes les plus proches du crime, plus élevée à mesure qu'il avance près du but; ou doit-elle, inflexible et sans degrés, n'avoir qu'un seul niveau pour les premiers actes d'exécution et pour les actes les plus avancés; pour la tentative et pour le crime consommé; pour le crime dont l'exécution, bien que consommée, a été manquée, et pour celui qui a rassasié son auteur des criminelles jouissances qu'il avait convoitées?

Telles sont les premières difficultés qu'offre cette matière. C'est à l'histoire du droit pénal que nous demanderons d'abord quelques lumières pour éclaircir nos solutions.

La loi romaine ne possède qu'un petit nombre de textes sur la tentative des crimes, et ces textes paraissent contradictoires : il semble d'abord qu'elle ait voulu, par une règle absolue, assimiler la tentative au crime, et lui appliquer dans tous les cas la même peine. On cite dans ce sens ce texte de la loi *Cornelia de sicariis : Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidio damnandum* [2]. Mais il est visible que des blessures faites avec

[1] L. 18, Dig. de pœnis.

[2] L. 1, § divus, Dig ad leg Cornel. de sicariis.

intention de tuer constituent plus qu'une simple tentative, et dès lors cette loi n'appartient point à notre matière. On cite encore ce fragment d'Ulpien : *Qui eâ mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tametsi mutato consilio, id posteà domino reddidit, fur est*[1]. Mais ici encore il ne s'agit point d'une tentative, mais bien d'un vol consommé; le repentir de l'agent ne peut détruire le fait; et cependant Godefroy ajoute, comme un commentaire de ce texte : *Sed si statim eum pœniteat, videtur absolvendus*[2]. Toutefois il existe un texte plus explicite : *Is qui cum telo*, porte la loi *Cornelia de sicariis, ambulaverit, hominis necandi causâ, sicut is qui hominem occiderit, legis Corneliæ de sicariis pœnâ coercetur*[3].

Voilà une assimilation complète, non-seulement d'une tentative, mais d'un simple acte extérieur, au crime consommé : ce texte est aussi formel qu'il est sévère, il n'admet aucun doute; mais faut-il y lire l'expression d'une règle générale? faut-il plutôt n'y voir qu'une exception nettement formulée?

Nous pencherions pour cette dernière opinion. *Eventus spectetur*[4], telle est la règle générale du droit; aussi la loi romaine gradue-t-elle, dans certains cas, la peine suivant que le crime n'a été que commencé, ou qu'il a été accompli : *Perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur*[5]. Enfin, un texte semble établir ce principe avec la plus grande netteté : *Qui furti faciendi causâ conclave intravit, nondùm fur est, quamvis furandi causâ intravit; quid ergo? quâ actione tenebitur? Utique injuriarum, aut de vi accusabitur*[6]. Cette distinction claire et

[1] L. 65, Dig. de furtis.
[2] D. Godefroy, in loc. sup. cit.
[3] L. 7, Cod. ad leg. Cornel. de sicariis.
[4] L. 16, § 8, Dig. de pœnis.
[5] L. 1, Dig. de extraord. crim.
[6] L. 21, § 7, Dig. de furtis. *Voy.* encore l. 19, Dig. de leg. Cornel. de falsis; l. 5, C. de episc. et cler., l. 1, Dig. de extr. crim. *Voy.* aussi Carmignani, t. 2, p. 305 et 317; Poggi, Elem. jur. crim., t. 4, cap. 1, § 6; Savigny, Dissert. inaug. jurid. de concursu delict.

précise sépare évidemment les actes d'exécution qui constituent la tentative, du crime consommé; il semble donc qu'on peut conclure de ces textes que les jurisconsultes romains distinguaient, en général, pour en varier la peine, le crime commencé et le crime accompli, et qu'à l'égard de l'assassinat seulement et des crimes atroces, la tentative était punie comme le crime même.

160. Telle est aussi l'interprétation que les docteurs paraissent en général avoir donnée à ces lois. Farinacius, après avoir insisté sur les hautes difficultés qui environnent cette manière par suite de la diversité des textes et des opinions des jurisconsultes, *propter varia jura et varias doctrinas*, essaye toutefois de poser quelques principes [1].

Le premier est la punition de la simple tentative : *conatus punitur etiam effectu non sequuto;* mais la peine était proportionnée à la gravité des actes accomplis. Les docteurs distinguent les actes les plus éloignés et les actes les plus voisins du crime, *remotus actus* et *proximus*. L'acte éloigné n'était puni que d'un faible châtiment, parce que *in actu remoto potest esse spes pœnitendi quæ non est in proximo* [2]. L'acte prochain est défini *ultimus actus qui à delinquente agendus est ad criminis perfectionem*. Dans les crimes atroces, cette tentative était punie comme le crime même : *De jure communi*, dit Tiraqueau, *conatus proximus delicto æquè puniatur in atrocioribus, ac si delictum fuisset consummatum* [3]. Mais, dans les autres crimes, l'acte prochain n'était frappé que d'une peine inférieure; Farinacius l'affirme dans les termes les plus formels : *Non eadem pœna sed mitior et extraordinaria imponenda etiam quod fuerit deventum ad actum proximum, est de mente omnium* [4]. Et cette règle avait été déjà établie par Tiraqueau, qui en donne un juste motif : *Nam quod delictum attentatum habea-*

[1] Praxis et theoricæ crim. pars quarta; de homicidio, quæst. 124.
[2] Quæst. 124, n° 40, et Barbacovi, De mensurâ pœnarum.
[3] De pœn. temp. aut remitt, p. 150.
[4] Quæst. 124, n° 9.

tur pro consummato, non est secundùm rerum naturam atque veritatem, sed est ex fictione [1].

Ces règles simples, dans lesquelles se résument d'immenses controverses, formaient le droit commun sous l'ancienne législation [2]. Ces crimes atroces de leur nature, dont la tentative était punie comme le crime même, étaient ceux de lèse-majesté, d'assassinat, de parricide et d'empoisonnement; dans les autres cas, la jurisprudence des cours avait établi des peines plus douces [3]. On ne trouve, au reste, que deux textes dans cette législation qui s'appliquent à la tentative : l'un est un capitulaire de Charlemagne : *Qui hominem voluntariè occidere voluerit et perpetrare non potuit, homicida tamen habeatur* [4]. Ce texte ne fait que reproduire la disposition de la loi romaine relative à l'assassinat. L'autre texte est l'article 195 de l'ordonnance de Blois, qui défend de donner aucunes lettres d'abolition « à ceux qui à prix d'argent ou autrement se louent ou s'engagent pour tuer ou outrager, ni à ceux qui les auront loués ou induits pour le faire, *encore qu'il n'y ait eu que la seule machination ou attentat et que l'effet ne s'en soit ensuivi.* » L'article 4 du titre 16 de l'ordonnance de 1670 a reproduit presque textuellement cette disposition.

161. Le code pénal de 1791 n'avait prévu que les tentatives d'assassinat et d'empoisonnement, et la peine était celle du crime consommé [5]; mais il faut remarquer que ces deux crimes étaient du

[1] De pœn. temp. aut remitt., p. 153.

[2] Jousse, Traité de Just. crim., t. 3, p. 638; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 13.

[3] Jousse, Traité de Just. crim., t. 3, p. 638; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 13.

[4] Cap. Carol. Magn., l. 7, c. 151.

[5] Article 13 (2e part., tit. 2). L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'art. 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée. — Art. 15. L'homicide par poison, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'art. 12, lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés, soit à l'usage de la personne contre

nombre des crimes *énormes*, auxquels l'ancienne législation appliquait le même principe. La loi du 22 prairial an IV étendit cette règle à tous les crimes; elle est ainsi conçue: « Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. » On doit distinguer dans cette loi la définition de la tentative et la pénalité; la définition est précise et ne peut que donner une idée nette des actes nécessaires pour constituer une tentative; l'application absolue et générale d'une même peine aux actes qui commencent l'exécution et à l'exécution même du crime, peut seule être contestée.

Aussi, lors de la discussion du code pénal de 1810, la définition fut exactement maintenue, mais l'inflexibilité de la peine fut attaquée dans le sein du conseil d'État. On soutint que les peines devaient être proportionnées aux fautes; qu'il était injuste de châtier celui qui, dans un moment de passion ou d'erreur, s'est porté au crime et a été arrêté, comme celui qui l'a effectivement consommé; que le commencement d'exécution devait sans doute être puni, lorsque son auteur ne s'est pas arrêté volontairement, mais qu'il ne serait pas toujours juste d'infliger au coupable une peine aussi sévère que si le crime avait été consommé [1]. M. Treilhard répondait à ces réclamations « que, d'après le texte de l'article, la tentative de crime n'est pas punie, lorsque l'exécution a été suspendue par la volonté de l'auteur; que c'est tout ce qu'on peut accorder; que la loi ne ferme pas le chemin au repentir. Que celui qui s'arrête au moment de

laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille...— Art. 16. Si toutefois, avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on n'en fasse usage, l'accusé sera acquitté.

[1] MM. Corvetto, Defermon et le comte Bérenger, procès-verbaux du conseil d'État, séance du 4 oct. 1808; Locré, t. 29, p. 103 et 105.

commettre un crime ne soit pas puni : la justice le veut, l'intérêt de la société l'exige ; car ce serait en quelque sorte pousser au crime, que de réserver le même sort à celui qui n'achève pas et à celui qui passe outre. Mais quand l'exécution n'est suspendue que par des circonstances étrangères à sa volonté, le coupable a commis le crime autant qu'il lui est possible, et les lois, même les plus anciennes, lui en ont fait porter la peine. » Le conseil d'État arrêta, d'après ces observations, que la rédaction de la loi du 22 prairial an IV serait reproduite dans le code ; toutefois, M. Treilhard ayant ajouté qu'il ne s'opposait pas à ce que, dans les crimes les moins graves, la tentative ne fût punie qu'au *minimum*, le conseil d'État posa en principe que la tentative ne serait punie des mêmes peines que le crime que dans les cas déterminés par la loi [1]. Mais cette décision ne fut appliquée, par la section chargée de la rédaction, qu'aux délits correctionnels [2].

La loi du 28 avril 1832 n'a apporté à cette règle absolue aucune modification. La question fut cependant soulevée dans le sein de la commission de la chambre des députés, et le rapport de cette commission la résout en ces termes : « Qu'importe que la loi égale dans tous les cas la tentative à l'exécution, quoique, dans l'opinion commune, la gravité d'un crime se mesure en partie aux résultats qu'il a produits, si l'admission des circonstances atténuantes permet au jury de tenir compte à l'accusé du bonheur qu'il a eu de ne pouvoir commettre son crime [3] ? » Ainsi la commission n'a laissé le principe debout que parce que le système des circonstances atténuantes donnait les moyens d'en corriger l'application. Et c'est ce même motif qui fit rejeter un amendement présenté pendant la délibération, et qui portait que toute tentative serait punie *de la peine immédiatement inférieure à celle que l'auteur aurait encourue, s'il eût*

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séance du 4 oct. 1808 ; Locré, t. 29, p. 107.

[2] Voy. *infrà*.

[3] Code pénal progressif, p. 70 et 72.

consommé son crime[1]. Enfin le rapporteur de la chambre des pairs reproduisit cette observation : « Quelques personnes ont pensé que la tentative de crime ne devait être punie que de la peine inférieure à celle appliquée au crime même. Votre commission n'a pas partagé cet avis. La perversité est la même dans les deux cas, et les pouvoirs nouveaux accordés aux jurés leur donnent la possibilité d'établir les différences morales qui pourront se rencontrer entre le crime accompli et la simple tentative. »

162. Tels sont les monuments divers qui se rattachent à cette matière. Reprenons maintenant les différents principes qui viennent de passer sous nos yeux, en essayant de discerner ceux qui sont avoués par l'expérience et la raison.

Les criminalistes ont distingué dans la tentative les actes internes, les actes extérieurs simplement préparatoires, les actes d'exécution, et enfin l'exécution elle-même quand elle est suspendue ou manquée.

Les actes internes sont le désir, la pensée, la résolution même arrêtée de commettre un crime. Nous avons déjà dit que cet acte purement moral n'est pas du ressort de la justice humaine. Et en effet, quelque certaine que puisse être la volonté criminelle, un immense intervalle sépare le moment où elle se forme et celui où elle s'accomplit ; elle peut se laisser ébranler par un obstacle, intimider par un péril, vaincre par un repentir. La loi ne peut atteindre une résolution qui va se rétracter, un projet qui peut s'évanouir. Ce n'est que lorsque l'exécution leur imprime un caractère de certitude irrévocable et de dommage réel qu'elle peut proclamer un crime et le punir. Et puis les moyens d'action manqueraient à la justice pour frapper la résolution criminelle. Elle ne peut sonder les consciences et incriminer la pensée ; elle ne marche qu'en s'appuyant sur des actes extérieurs. Comment remonter jusqu'à la pensée, jusqu'à l'acte interne? Comment baser une condamnation sur des conjectures ? La pensée est libre, elle échappe à l'action matérielle de l'homme ; elle peut être criminelle, elle ne saurait être enchaînée.

[1] Amendement de MM. Persil et Larochefoucault; Code pénal progressif, p. 69.

Les difficultés ne commencent qu'au moment où l'auteur de la résolution criminelle l'a manifestée par des actes extérieurs. Les actes extérieurs qui ont pour but la perpétration d'un délit ou sont simplement préparatoires, ou sont des actes d'exécution.

Les actes purement préparatoires ont pour objet de faciliter l'accomplissement de la pensée criminelle; mais ils précèdent l'exécution même du crime, ils ne le commencent pas : tel est le fait de marcher avec un poignard ou de se munir d'une fausse clef. Ces actes peuvent toujours s'expliquer de différentes manières. Leur liaison avec une résolution criminelle n'est pas nécessaire et immédiate; ils peuvent la faire supposer, ils ne la prouvent pas. On ne peut les rattacher à un délit déterminé qu'à l'aide de présomptions hasardées, de fragiles conjectures; ils ne peuvent donc servir de base à une pénalité : il y a trop de distance encore entre ces actes et l'action accomplie pour supposer que l'agent eût franchi cette distance sans s'arrêter, et pour établir une peine sur cette fiction. Quelques législateurs l'ont osé cependant. Le code prussien punit les *préparatifs* du crime, alors même qu'ils ont été interrompus par accident; à la vérité, les limites qui séparent les préparatifs du commencement d'exécution sont loin d'être toujours précises : nous examinerons plus loin plusieurs difficultés qui se rattachent à cette distinction; mais ces difficultés ne sauraient mettre en doute ce principe, que les actes purement préparatoires ne peuvent être l'objet de la loi pénale, parce qu'ils sont une base trop fragile pour l'imputation de la résolution criminelle, parce qu'il importe que l'agent n'ait pas intérêt à les couvrir d'un voile trop épais, parce qu'enfin la loi doit supposer le repentir et ne pas le repousser.

Cependant la société peut assurément incriminer certains actes préparatoires, lorsqu'ils menacent sa sûreté; mais ces actes ne peuvent alors être punis que comme délits particuliers, d'après leur valeur intrinsèque, et abstraction faite des crimes qu'ils avaient pour but de préparer. Ainsi, et pour nous servir de l'exemple cité par la loi romaine, l'agent qui a brisé une barrière pour voler, et qui tout à coup a changé de volonté ou a été contraint de s'éloigner,

peut être poursuivi, mais seulement à raison de cet acte de violence, et non pour vol. C'est d'après cette règle que les lois pénales ont incriminé les menaces, le complot, le port et la détention de certaines armes, les amas de poudre de guerre, etc.; le vagabondage, la mendicité, les maisons de jeu, les attroupements peuvent également être considérés comme de véritables actes préparatoires de délits plus graves, et cependant sont punis comme des délits *sui generis*.

Restent les actes d'exécution; ceux-là seuls révèlent suffisamment à la justice l'intention de commettre un crime, ceux-là seuls constituent une tentative punissable: en effet, tout crime se compose d'un ensemble d'actes qui concourent au même but; or ce n'est que lorsqu'un de ces actes est accompli qu'il y a tentative, car la tentative est le commencement d'exécution. Jusque-là la pensée de l'agent est incertaine; elle peut reculer devant l'exécution; mais, si l'exécution est commencée, cette présomption cède à une autre présomption, c'est qu'il l'eût achevée, si quelque cause accidentelle ne l'eût troublé.

C'est sur cette dernière présomption qu'est assise la peine; car, s'il y avait impossibilité pour l'agent de se désister, d'interrompre le crime, ce ne serait plus une simple tentative, mais un crime consommé. La possibilité d'un désistement volontaire est de l'essence de la tentative. Si ce désistement a lieu par la seule volonté du coupable, la loi ferme les yeux et pardonne, à moins que l'acte d'exécution accompli ne constitue en lui-même un délit *sui generis*. Mais, si cet agent est surpris par un événement fortuit au milieu de son crime, la loi ne peut connaître quel eût été le mouvement de sa volonté dans l'instant qui a suivi cet événement; peut-être eût-il lui-même suspendu l'exécution du crime, peut-être la crainte ou le repentir l'eussent arrêté; mais il est certain qu'il avait résolu de commettre un crime, il est certain qu'il avait commencé l'exécution: ces deux actes suffisent pour légitimer la peine; l'agent ne peut se couvrir de la possibilité d'un regret tardif qui ne s'est point manifesté.

Ainsi deux caractères essentiels indiquent la tentative qui est punissable : le commencement d'exécution du fait matériel, car jusqu'à cet acte il n'y a point encore de tentative ; la possibilité de suspendre volontairement cette exécution, car, quand cette faculté a cessé d'exister, ce n'est plus une tentative, le crime est consommé. Ces deux caractères ont été exprimés avec beaucoup de netteté dans le code pénal de 1810. Ce code ne punit la tentative qu'autant 1° qu'elle a été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution ; 2° qu'elle n'a été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. Et de là sortent ces deux conséquences : qu'un acte extérieur accompli en exécution d'une résolution criminelle ne suffit pas pour constituer la tentative, il faut un acte d'exécution ; et que la tentative peut toujours être suspendue par la volonté de l'auteur. Ce sont les deux principes que nous venons de poser ; ces principes, méconnus par quelques lois romaines, avaient cependant, ainsi qu'on l'a vu plus haut, triomphé, par la haute raison dont ils sont empreints, dans la pratique et dans la science. Les docteurs ne reconnaissaient point de tentative, à moins que son auteur ne fût arrivé à l'acte d'exécution le plus voisin du délit, *actus proximus facto principali* [1], et cette tentative n'était punissable que lorsqu'elle avait été suspendue *casu aliquo* [2]. Au reste, la définition de notre code a été adoptée par la plupart des législateurs étrangers : on la retrouve textuellement dans le code du Brésil et dans le projet du code belge ; on la retrouve encore, quoique en d'autres termes, dans les statuts de New-York, qui ne punissent la tentative qu'autant que le coupable a fait quelque acte d'exécution [3] ; enfin, dans le code pénal d'Autriche, qui « n'incrimine le même fait qu'autant que le malintentionné entreprend une action tendante à l'exécution effective du crime, et pourvu qu'il soit seulement interrompu dans l'accomplissement par impuissance, par un obstacle

[1] *Voyez* Farinacius, quæst. 124, et Tiraqueau, p. 150.

[2] Paul, Sentent., l. 5, tit. 23, § 3.

[3] « In such attempt shall do any act towards the commission of such offence. » Revised statutes of the state of New-York, t. 7, § 3.

indépendant de sa volonté, ou par cas fortuit. » Le code prussien avait lui-même déterminé ces deux caractères en appliquant une peine « à celui qu'on pur accident a empêché d'effectuer le dernier acte nécessaire à l'accomplissement du crime. »

165. Tels sont les termes où se résout la première question qui a été posée au commencement de ce chapitre. Une difficulté beaucoup plus controversée est relative à la quotité de la peine dont la tentative est passible.

Nous avons vu cette difficulté prendre naissance dans les lois romaines elles-mêmes, partager les jurisconsultes, et se résoudre par l'atténuation de la peine à l'égard de la tentative des crimes qui n'étaient pas réputés énormes. Nous avons suivi ce principe d'atténuation à travers l'ancienne législation, et nous l'avons retrouvé essayant vainement de se produire, soit au sein du conseil d'État en 1808, soit dans la chambre des députés dans les délibérations de 1832. Il faut apprécier la valeur de ce principe et des objections qui lui ont été opposées.

Beccaria proclamait cette distinction dans la peine : « Quoique les lois, disait ce publiciste, ne puissent pas punir l'intention, ce n'est pas à dire pour cela qu'une action par laquelle on commence un délit, et qui marque la volonté de l'exécuter, ne mérite aucune peine, quoique moindre que celle qui est décernée contre le crime mis à exécution. Une peine est nécessaire, parce qu'il est important de prévenir même les premières tentatives des crimes ; mais, comme entre ces tentatives et l'exécution il peut y avoir un intervalle de temps, il est bon de réserver une peine plus grande au crime consommé, pour laisser à celui qui a commencé le crime quelques motifs qui le détournent de l'achever[1]. »

Cette opinion n'a point été adoptée par Filangieri. Suivant l'avis de ce dernier publiciste, la tentative, c'est-à-dire la volonté de violer la loi, manifestée par l'action que prohibe la loi même, doit être punie comme le crime consommé. « Le coupable, dit-il, a montré

[1] Des délits et des peines, éd. de 1856, p. 80.

toute sa perversité; la société en a reçu le funeste exemple. Quel que soit le succès de l'attentat, les deux motifs de punir n'en existent pas moins. La même cause doit donc produire le même effet, c'est-à-dire l'égalité de la peine [1]. » Tous les criminalistes qui ont écrit depuis Filangieri se sont unanimement attachés à combattre cette doctrine : en Italie Carmignani [2]; en Allemagne Feuerbach, Mittermaier [3], Weber [4] et Bauer [5]; en France Legraverend [6], Carnot [7], M. Rossi [8], ont soutenu avec la même conviction que la tentative du crime, suspendue par un fait indépendant de la volonté de son auteur, ne doit être punie que d'une peine inférieure au crime consommé [9].

Des raisons puisées dans une saine appréciation du fait de la tentative justifient complétement cette doctrine. La tentative est suspendue par un événement fortuit; mais sans cet événement le crime aurait-il été consommé? La loi peut le supposer, mais ce n'est qu'une induction. Le coupable était sur la route du crime, mais il pouvait s'arrêter. Pourquoi penser qu'un remords ne serait pas venu se placer devant ses pas, lorsqu'il eût approché du terme, lorsqu'il eût aperçu le crime face à face? Pourquoi douter de la possibilité du repentir? Le législateur ne doit pas craindre d'inscrire dans la loi l'espoir d'une impression morale ou religieuse, instantanée et triomphante, et cette seule pensée suffirait pour motiver l'atténuation de la peine.

Mais il est de l'intérêt même de la société d'échelonner les châtiments; car il est de son intérêt de prévenir les crimes. Les châtiments gradués sont comme des barrières qui s'élèvent incessamment devant

[1] Science de la législ., ch. 1, t. 4, p. 174.
[2] Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, cap. 15.
[3] Journ. crit. de législ. gén. de jurisp. étr., t. 4.
[4] Archives du droit criminel.
[5] Motifs du projet de code pénal du Hanovre.
[6] Traité de législ. crim., t. 1, ch. 2, p. 220.
[7] Comment. du cod. pén., t. 1, p. 11.
[8] Traité de droit pénal, t. 2, p. 321.
[9] Le code chinois, sect. 269, dit que toute personne qui sera prise essayant de voler sera punie de cinquante coups de bambou.

les pas du coupable : il a franchi la première, mais à chaque pas une peine plus terrible le menace; ses craintes toujours croissantes peuvent l'arrêter et laisser inachevé le crime qu'il avait projeté. C'est le motif donné par Beccaria : « Il est bon de réserver une peine plus grande au crime consommé, pour laisser à celui qui a commencé le crime quelques motifs qui le détournent de l'accomplir. »

Enfin, le législateur doit prendre en considération l'inexécution du crime. « Nous pensons, a dit M. Rossi, que le sens commun et la conscience publique ont constamment tenu le même langage : le délit n'a pas été consommé, donc la punition doit être moindre. Il ne faut pas faire monter également sur l'échafaud l'assassin dont la victime gît dans la tombe, et celui dont la victime désignée, grâce à l'interruption de la tentative, se trouve peut-être au nombre des spectateurs de son supplice [1]. » On rencontre la même réflexion dans les observations des cours d'appel sur le projet du code pénal de 1810 : « Quelque aggravantes qu'on puisse imaginer les circonstances du crime, la société a moins à s'en plaindre lorsqu'il n'y a point eu de sang répandu, que lorsqu'elle a perdu, par le crime même, un des membres qui la composent. En ce dernier cas le crime est consommé, il ne l'est point dans l'autre; et, quoiqu'on puisse dire qu'il l'était dans la volonté manifeste du coupable, toujours est-il vrai que la consommation réelle du crime laisse bien loin derrière elle toute l'atrocité imaginable des tentatives [2]. » La loi en effet a deux éléments pour graduer la peine : l'intention criminelle, et l'événement du crime, c'est-à-dire le dommage et l'alarme qu'il produit. Or ce dernier élément ne se rencontre pas dans les simples tentatives, ou du moins ne s'y trouve qu'à un moindre degré; la loi doit donc en tenir compte au prévenu. Son crime n'a produit aucun dommage réel; il n'a pas obtenu les jouissances criminelles qu'il recherchait; le péril social n'a été que secondaire, la répression doit donc être moins forte. La conscience publique elle-même n'appelle pas la

[1] Traité de droit pénal, t. 2, p. 321.
[2] Observations de la cour d'appel de Rennes, p. 13 et 14.

même expiation ; et de là tant de verdicts d'acquittement que la loi eût évités en échelonnant les peines, et que le jury n'hésite pas à prononcer lorsqu'il entrevoit le terrible niveau qui soumet au même châtiment la tentative et le crime consommé.

Au reste, ce principe d'atténuation de la peine en faveur de la tentative a reçu la sanction presque unanime des peuples modernes. Les codes d'Autriche, du Brésil, de la république de Bolivia, le posent en termes formels. Le code prussien inflige à la tentative une peine inférieure à la peine ordinaire ; et, si le coupable s'est arrêté aux premiers actes du crime, « l'intention doit être punie en raison de la distance de la tentative à la consommation entière. » La loi hongroise mesure également le châtiment sur la gravité des actes accomplis [1]. Les statuts de l'Etat de New-York et le code de l'État de Géorgie imposent une pénalité graduée : si le fait tenté est puni de mort, la tentative est punie de dix ans d'emprisonnement ; si le fait tenté est passible d'emprisonnement, la moitié de la peine doit être appliquée à la tentative. Le code de la Louisiane, qui a banni la peine de mort de la catégorie de ses pénalités, pose une règle plus absolue : la moitié de la peine dont est passible le fait tenté est applicable à la tentative [2]. Enfin, le projet du code pénal belge, actuellement soumis aux chambres législatives, s'est écarté sur ce point de la loi française, et porte dans son article 2 : « Toute tentative... est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime consommé [3].

Nos lois sont donc les seules qui aient établi et maintenu un ni-

[1] Quo agens majns et gravius jus pro objecto suæ læsionis posuit, eo major debet esse pœna. Quo major aderat probabilitas delictum consummandi, eo major debet esse pœna ; major pœna conatum proximum, quàm conatum remotum, seu delictum inchoatum. Vuchetich. Inst. jur. hungar., p. 135.

[2] He shall. suffer one half of the punishment to which be would have been sentenced if he bad comprehended the whole, art. 47.

[3] Observations sur le projet du code pénal belge, par M. Haus, t. 1, p. 64.

vellement injuste. Le législateur a senti cette injustice; il a voulu en corriger les effets, et il s'est confié au système des circonstances atténuantes[1]. Il nous semble que c'est entièrement détourner ce système de son but que de l'employer à rectifier les incriminations de la loi. Quel est ce but? C'est d'établir des différences dans la punition des faits qui, enveloppés dans le code dans une même incrimination générique, sont loin de présenter une valeur identique, soit dans la détermination morale de l'acte, soit par les maux privés qu'ils produisent, soit par les dangers qu'ils font courir à l'ordre social. Ces circonstances ne sont pas des accessoires du fait principal; elles sont une partie essentielle de ce fait lui-même, elles déterminent son degré d'immoralité. Un vol est moins criminel parce que le coupable n'a pas eu pleine conscience de son crime, parce qu'il a été séduit, passionné, parce qu'il a fait des aveux, témoigné du repentir, essayé une préparation. Comment détacher du fait principal ces circonstances? comment les préciser dans leur variabilité? Ce sont des exceptions, des cas extraordinaires qui modifient la règle.

Peut-on ranger dans cette classe la question relative à la pénalité de la tentative? Mais cette question est une circonstance nécessairement accessoire de toute tentative; c'est une question de droit, un problème de la législation. Il s'agit de poser une règle, et non d'apprécier un fait; et le jury n'est juge que des faits, il ne doit pas réformer les lois. Quoi! cette question, débattue depuis des siècles par les criminalistes les plus célèbres, ce n'est pas le législateur, c'est le jury qui la tranchera! Mais le jury sera-t-il même averti que, dans ce cas, la non-consommation constitue une circonstance atténuante du fait? Il est évident que ce système, efficace pour réparer l'injuste mais nécessaire nivellement de toute la loi pénale, est à la fois inhabile à corriger les vices et les lacunes de cette loi. C'est à la loi elle-même à poser les principes, à graduer les peines, à établir les incriminations; au jury à différencier les espèces qui viennent se grouper sous chaque règle : mais il ne faut pas confondre la mission

[1] Voy. *suprà*, no 163.

de l'un et de l'autre. Toutes les fois que la même circonstance est inhérente aux faits d'une même classe, elle modifie ces faits dans leur essence, elle doit faire l'objet d'une règle générale : le jury ne procurera qu'imparfaitement et capricieusement ce qu'une loi sage aurait donné avec prudence et d'une manière durable.

164. L'examen d'une question grave nous reste encore. Nous avons vu que la tentative existe dès qu'il y a commencement d'exécution, et qu'elle cesse dès que le crime est consommé. Entre ces deux termes extrêmes de l'entreprise criminelle, on peut marquer différents degrés : c'est ainsi que la loi romaine avait puni de peines diverses l'acte éloigné et l'acte prochain, et c'est ainsi que la loi hongroise semble reconnaître trois délits dans la tentative, passibles de châtiments différents. Il est évident, en effet, que plus le coupable approche de la consommation, plus son crime acquiert de gravité. Mais le législateur doit-il donc établir des échelons dans la peine selon les progrès de la tentative ? Il ne doit indiquer que les degrés qu'il peut constater avec certitude et précision ; les nuances intermédiaires rentrent dans le domaine du jury, car elles appartiennent au fait.

Les deux degrés les plus distincts sont la *tentative* et le *délit manqué*. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la tentative ; nous devons examiner sous quel rapport le délit manqué en diffère, quelle place il occupe dans notre code, et de quelle peine, en général, il doit être frappé.

Il y a *délit manqué* lorsque l'agent a achevé tous les actes qui avaient pour but d'accomplir une action criminelle, mais que cette action n'a pas eu l'effet matériel qu'il attendait. Ainsi un individu décharge une arme à feu sur celui qu'il voulait tuer, mais le coup n'atteint pas la personne, ou cette personne blessée est sauvée par les secours de l'art. Ainsi encore, un homme, pour procurer l'avortement d'une femme enceinte, lui fait avaler un breuvage, mais l'effet de ce breuvage est prévenu par des soins. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a pas seulement tentative, car le crime ne peut plus être volontairement suspendu par la volonté de son auteur, il a achevé tous les actes d'exécution ; mais ce crime n'est pas consommé, car

une condition essentielle du meurtre et de l'avortement, c'est que la mort ait été donnée, que l'avortement ait eu lieu. Ce résultat n'a pas suivi les faits matériels accomplis dans le dessein de le produire : le crime est manqué.

Ce degré de la criminalité avait été prévu par la commission de législation du corps législatif; elle signalait dans ses observations du 29 décembre 1809 une lacune dans le code audit article : « Un individu a prémédité d'en tuer un autre; il lui tire un coup de pistolet, et le manque : il y a exécution, mais l'effet n'a pas lieu. Peut-on le regarder comme compris dans l'article 2 du code, relatif à la tentative? Il n'y a pas seulement tentative, mais le fait a été en quelque sorte consommé quoique le coup ait manqué son effet. On conçoit qu'il existe une nuance différente entre des circonstances qui ne font que suspendre l'exécution d'une tentative et celles qui la font rester absolument sans effet, après un degré d'exécution beaucoup plus complet. Il suit de cette observation qu'il faudrait mettre une addition à l'article 2 du code pénal; cette addition consisterait à mettre après les mots : *si elle n'a été suspendue*, ceux-ci : *ou n'a manqué son effet* [1]. » Cette addition fut adoptée par le conseil d'Etat [2], et elle a été maintenue dans le code.

Ainsi, dans l'esprit du législateur, la tentative qui a manqué son effet, c'est le crime manqué. Il a réuni dans le même article et sous le même nom deux actes essentiellement distincts, et leur a appliqué la même peine. De là ces paroles de M. Treilhard, que M. Rossi a appliquées à tort à la simple tentative : « Le coupable a commis le crime autant qu'il était en lui de le commettre, il a donc encouru la peine prononcée par la loi contre le crime. » Et en effet, s'il avait parlé de la véritable tentative, comment eût-il affirmé que l'auteur avait commis le crime autant qu'il était en lui? Si l'exécution n'était que commencée, n'était-il pas maître de l'interrompre? M. Rossi s'est évidemment mépris sur le sens de ces expressions, et

[1] Locré, t. 30, p. 417.

[2] Procès-verbaux du conseil d'État, Locré, t. 30, p. 462.

même sur la portée des termes de l'article 2, Du reste, la définition du code est inexacte; car la tentative qui a manqué son effet n'est plus une tentative, mais bien un crime consommé, dans tous les cas où l'effet matériel du crime n'est pas nécessaire à sa consommation : tels sont le faux, l'incendie, l'empoisonnement.

C'est une opinion professée par plusieurs criminalistes, que la loi ne doit pas infliger les mêmes pénalités au crime manqué dans son effet, et au crime dont l'effet a été consommé. En Allemagne, M. de Fenerbach [1], Mittermaier [2], Weber [3], Bauer [4]; en Belgique, M. Haus [5]; en France, enfin, M. Rossi [6], ont successivement soutenu cette opinion avec toute la puissance de leur talent.

Leurs motifs peuvent se résumer dans deux arguments principaux. L'auteur du crime manqué n'a pas produit le même préjudice matériel que l'auteur du crime consommé. Cette diversité du résultat doit peser dans la balance de la justice sociale en fixant la mesure de la peine. Le législateur doit avoir égard non-seulement à la criminalité de l'intention révélée par le délit, mais aussi au mal qui résulte de ce délit pour la société, au dommage et à l'alarme qu'il produit. A la vérité, ajoute M. Rossi, si l'événement n'a pas suivi l'action, c'est l'effet du hasard, et le coupable en profite. Mais dans tous les crimes qui exigent, comme condition légale de leur existence, un certain résultat, le hasard exerce sa puissance; il y a bonne ou mauvaise fortune, et pourquoi l'auteur du crime ne profiterait-il pas, dans une certaine mesure, du bonheur qui a protégé sa victime?

Une seconde considération a été produite dans le même système. Il existe, a-t-on dit, un fait constant, général, un de ces faits de l'humanité dont le législateur doit tenir compte, lors même qu'il ne

[1] Traité du droit pénal, t. 2, p. 307.
[2] Journ. crit. de législ., t. 4, p. 131.
[3] Archives du droit criminel.
[4] Motifs du projet du code pénal du Hanovre.
[5] Observations sur le projet du code pénal belge, t. 1, p. 64 à 82.
[6] Traité du droit pénal, t. 3, p. 10.

saurait en trouver une explication suffisante : c'est que les hommes ne confondent pas l'auteur d'un crime manqué avec l'auteur du crime consommé; c'est que le remords du criminel dont le crime est irréparable est plus cuisant; la conscience de l'autre s'apaise plus facilement. Or la loi pénale doit-elle faire abstraction de ce rapport que la conscience humaine paraît reconnaître entre l'événement et l'immoralité de l'agent ? L'expiation ne doit-elle pas se mesurer d'après le sentiment intime?

165. Reprenons ces deux argumentations. D'abord il est évident, et nul ne l'a nié, que l'auteur du crime manqué dans son effet est aussi coupable aux yeux de la morale que celui dont le crime a été consommé : car, dans l'un et l'autre cas, l'action est également consommée dans l'intention de son auteur; dans l'un et l'autre cas, le repentir n'a point arrêté ses pas, il n'a point hésité à l'instant de l'exécution, le crime s'est accompli; si l'événement a trahi son exécution, c'est le simple fait d'un hasard. Or est-il vrai que la peine doive fléchir par cela seul que le plomb, par exemple, a rencontré sur le cœur de la victime un obstacle quelconque, un acier protecteur, ou parce que des secours ont arrêté à temps son sang et conservé sa vie? Le crime est le même; la différence du châtiment doit-elle se puiser uniquement dans la différence d'un résultat qui a été indépendant de la volonté du coupable? Nous avons éprouvé, nous l'avouerons, quelque étonnement de rencontrer une telle doctrine dans une école spiritualiste qui a l'habitude de prendre dans l'immoralité des actes la base commune de ses incriminations.

La question se réduit à ceci : Le législateur doit-il proclamer comme un fait d'excuse le hasard qui a empêché le crime de réussir? Mais ne proclamerait-il pas par là même une immoralité? Car il enseignerait à peser les actions d'après leur résultat matériel, et non d'après l'intention criminelle qui les a dirigées. Le dommage causé par le crime est sans doute un élément de la pénalité, mais c'est lorsque la qualité de ce dommage peut être considérée comme un fait révélateur de la criminalité de l'agent. Il est encore vrai de dire que les hommes ont moins d'horreur pour les mains qui ne se sont pas

souillées de sang que pour celles qui s'y sont trempées. Mais est-ce donc dans cette impression toute physique que la loi doit puiser les règles de sa répression? Ce qu'elle doit apprécier, c'est la criminalité telle qu'elle est révélée par les faits; ce qui doit la déterminer à échelonner ses peines, ce sont les nuances diverses de l'immoralité qui accompagne chaque action criminelle.

Objecterait-on que nous avons pensé que la tentative devait être punie d'une peine inférieure au crime consommé? Mais une large distance sépare la tentative et le crime manqué. Là, le coupable est sur la voie du crime, mais il n'est pas encore arrivé jusqu'à la consommation, il a la possibilité de se désister. Ici, plus de désistement possible; l'agent n'a plus rien à faire pour consommer son crime, l'action criminelle est achevée. Dans le premier cas, un moment de repentir pouvait encore suspendre l'entreprise et en effacer toute la criminalité; dans la seconde hypothèse, le crime est indélébile. Voilà l'immense différence qui s'élève entre ces deux crimes. Si le crime manqué ne devait être puni que d'une peine inférieure au crime consommé dans ses effets, une exacte justice exigerait encore une plus forte atténuation à l'égard de la simple tentative, et dans ce cas la société serait-elle suffisamment garantie?

Au reste, il nous paraît que la différence que les criminalistes ont signalée entre le crime manqué et le crime consommé, apparente peut-être dans la théorie, cesserait d'être appréciable dans la pratique. En effet, la limite qui sépare ces deux crimes est presque toujours incertaine et confuse; prenons pour exemple le meurtre : le crime n'est consommé dans ses effets que par la mort de la personne menacée. Ainsi, lorsque cette personne ne succombe pas, c'est un crime manqué; mais dans cette hypothèse même que de degrés différents! Il est possible que le coup n'ait pas porté; que la balle n'ait fait qu'effleurer la victime désignée; qu'elle ait été atteinte, mais non mortellement; qu'elle guérisse complétement, ou qu'elle reste privée d'un de ses membres et condamnée à traîner une vie misérable tronquée par le crime : il est possible encore que la seule vue de cet attentat ait aliéné sa raison, ou lui ait inoculé quelqu'une

de ces maladies névralgiques plus cruelles que la mort même. Or, dans tant de circonstances diverses, la peine devra-t-elle également être abaissée d'un degré, parce que la mort n'a pas été actuellement effectuée? Mais si vous voulez la graduer sur le résultat matériel, ce résultat ne peut-il pas mille fois varier? Jusqu'à quel point le crime devra-t-il être consommé, jusqu'à quel degré la victime estropiée, pour motiver l'application d'une peine inférieure?

Toutefois hâtons-nous d'ajouter que le crime manqué ne doit pas nécessairement être frappé d'une peine égale au crime consommé. Il est des cas où la séparation de ces deux crimes semble avouée par la justice : si le crime a manqué son effet parce que le remords a fait trembler la main du coupable, parce que l'hésitation s'est attachée à ses derniers actes, parce que son trouble l'a trahi, ces agitations et ces craintes, qui décèlent une âme inaccoutumée au crime, nous paraissent des circonstances atténuantes. Et n'est-ce pas à ces tressaillements, à cette faiblesse du crime, que la victime a dû son salut? La mission d'apprécier ces circonstances et de les reconnaître rentre dans le domaine du jury : car il ne s'agit plus ici de remettre aux jurés la solution d'un problème de la législation pénale; il s'agit d'apprécier le fait tel qu'il se traduit avec ses modifications : or le résultat du crime est une de ces circonstances intrinsèques. Sans doute le jury peut encore tenir compte à l'accusé du bonheur qui a protégé sa victime, du hasard qui a empêché l'accomplissement de son forfait; mais il sera plus particulièrement appelé à chercher si les causes de la non-consommation peuvent être attribuées à l'irrésolution, à l'hésitation du coupable, et il proclamera dans ce cas des circonstances atténuantes. Une règle d'atténnation érigée à l'avance et appliquée à tous les cas cesserait d'être juste et pourrait devenir périlleuse; la société conserve le moyen d'être humaine, sans se reposer sur le hasard du soin de prévenir les résultats du crime.

[[Toutefois il ne faut pas confondre le crime manqué, c'est-à-dire qui pouvait être accompli suivant l'intention de l'agent, avec le crime qui, bien que projeté, ne pouvait, par suite de quelque circonstance, recevoir son exécution. Nous verrons plus loin que l'em-

poisonnement n'est pas imputable, quelle que fût l'intention de l'agent, si la substance qu'il croyait capable de donner la mort était, à son insu, tout à fait inoffensive. Il en serait de même du cas où l'agent aurait tiré un coup de fusil sur un objet inanimé, qu'il aurait pris pour un être animé, par exemple sur un mannequin qu'il aurait pris pour un homme ; ce n'est point là, en effet, un crime manqué, c'est une intention de crime non suivie d'une exécution effective. Le commencement d'exécution implique la possibilité d'atteindre le but à l'aide du moyen employé pour réaliser le crime ; il n'existe plus si le fait commencé ne peut conduire au crime, si, dans les circonstances données, la consommation du crime était impossible. C'est une tentative vaine par l'impossibilité où elle est d'atteindre son but. C'est dans ce sens qu'il a été reconnu que l'acte de celui qui, l'ombre étant déjà épaisse, vient tirer des coups de fusil dans une chambre avec le dessein d'atteindre les membres de la famille qui l'habitait, n'est pas imputable si ces membres étaient absents à ce moment, « attendu que, quelle que soit la criminalité de la pensée qui a inspiré ces actes, on ne saurait trouver en eux le commencement d'exécution d'un crime dont la consommation était matériellement impossible[1] »]].

Au terme de cette discussion, nous ne devons pas omettre de rappeler que plusieurs législations ont adopté la doctrine que nous avons combattue. Le code prussien (tit. 20, art. 40) porte une disposition ainsi conçue : « Si le coupable a fait tout ce qui était nécessaire pour consommer le délit, mais que l'effet qui caractérise le crime ait été détourné par un hasard, il encourt la peine qui avoisine immédiatement la peine ordinaire. » L'art. 61 du code pénal espagnol du 30 juin 1850 contient une disposition identique. Les codes de Bavière et de Hanovre punissent indistinctement la tentative proprement dite et le délit manqué d'une peine inférieure au crime consommé. Enfin, le code pénal d'Autriche considère la non-consommation du crime comme une circonstance atténuante. Mais à côté de ces législations nous citerons le code belge, dont l'article 2 sépare le crime manqué de la tentative, et n'atténue la peine qu'à

[1] Montpellier, ch. d'acc., 26 fév. 1852, Journ. crim., t. 24, p. 215.

l'égard de celle-ci : « *Toute tentative de crime*, porte le premier paragraphe de cet article, *consommée par des actes tels, qu'il n'est plus au pouvoir de son auteur d'en arrêter les effets, est considérée comme le crime même.* » — « Le trouble apporté à l'ordre social, a dit le ministre belge dans son exposé des motifs, le mal qui en résulte ou peut en résulter, sont plus graves que dans l'exemple précédent (de la tentative proprement dite). L'auteur ayant été, quant à l'intention et au fait matériel, aussi coupable qu'il peut l'être, n'a aucun droit à profiter du défaut d'accomplissement de l'événement. La distance qui sépare son fait du crime entièrement consommé ne peut être justement appréciée et définie. C'est à bon droit qu'on assimile ces actes au crime lui-même. » Les art. 97 et suiv. du code sarde contiennent des dispositions analogues.

166. Nous arrêtons ici nos réflexions générales sur la tentative. Nous avons, en les résumant, parcouru le cercle des questions théoriques que la science a soulevées sur cette matière. Cette discussion ne peut qu'éclairer les difficultés pratiques qui vont suivre. Nous avons posé les principes ; examinons l'application qu'ils ont reçue.

L'art. 2 du code pénal est ainsi conçu : « Toute tentative de
» crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution,
» si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par
» des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est
» considérée comme le crime même. »

Avant la révision du 28 avril 1832, cet article portait : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par *des actes extérieurs et suivie* d'un commencement d'exécution... » La suppression de ces mots n'a point été motivée, et les discussions sont restées muettes à cet égard. Il est certain que cette modification n'a eu pour but que de corriger une rédaction embarrassée, et de faciliter une application qu'elle entravait. Néanmoins elle pourrait, si elle était mal comprise, avoir quelque danger.

Le projet du code de 1810 portait la même rédaction que l'article actuel ; M. Treilhard avait pensé que la manifestation par des actes extérieurs et le commencement d'exécution étant la même chose, il était inutile d'employer ces deux expressions. Cette erreur fut

relevée par M. Cambacérès, qui réclama le texte de la loi du 22 prairial an IV : « Cette rédaction, dit-il, lève beaucoup de doutes et » de difficultés ; il convient de la transporter dans le code[1]. »

En effet, si les actes qui caractérisent le commencement d'exécution étaient clairement définis, on eût pu sans inconvénient retrancher la mention des actes extérieurs. Mais, lorsque la tentative se compose d'un grand nombre de circonstances, il peut être difficile de déterminer l'instant précis où se produit le commencement d'exécution : les criminalistes eux-mêmes s'y méprennent. « En annonçant aux jurés, a dit M. Bourguignon, que la tentative doit être *manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution*, vous leur apprenez à graduer les circonstances et à distinguer celles qui sont décisives et celles qui ne le sont pas ; tandis qu'en supprimant la mention des actes extérieurs, vous les exposez à les confondre, vous les privez d'une idée intermédiaire, de l'un des éléments de la définition, et il pourra souvent leur arriver de prendre pour un *commencement d'exécution* certains actes extérieurs qui ne doivent pas avoir ce caractère[2]. » Il est donc nécessaire plus que jamais de poser une limite entre les actes extérieurs et les actes d'exécution, puisque la loi, en effaçant les premiers parmi les circonstances élémentaires de la tentative, n'a point entendu les confondre dans les autres, et qu'elle continue de restreindre l'incrimination aux faits qui commencent l'exécution.

167. L'art. 2 pose en effet ce principe, que nous avons développé plus haut, qu'il n'y a de tentative punissable que celle qui se manifeste par un commencement d'exécution. Et il faut d'abord en tirer cette conséquence, que toutes les fois que la tentative ne se révèle que par des actes simplement préparatoires, « elle n'existe, suivant les expressions de la cour de cassation, que comme une intention, un projet dont la punition n'appartient point à la justice des

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séance du 4 oct. 1808 ; Locré, 29, p. 106.

[2] Jurisp. des cod. crim., t. 3, p. 8.

hommes [1]. » Mais à quels éléments, dans quelles circonstances reconnaître le commencement d'exécution ? La loi ne l'a point défini ; elle n'a désigné ni les actes préparatoires, ni les actes d'exécution ; elle en a abandonné l'appréciation aux lumières des magistrats chargés de prononcer sur la prévention ou l'accusation, et à la conscience des jurés; et cette appréciation est souveraine. La jurisprudence, un moment indécise, est aujourd'hui unanime sur cette première règle de la matière [2].

Ainsi la cour de cassation a décidé que l'arrêt d'une chambre d'accusation qui attribue à des faits le caractère d'actes préparatoires échappe à la cassation, dans le cas même où ces actes se rattacheraient visiblement à l'exécution elle-même [3]; et elle a déclaré également qu'il ne suffit pas que la cour d'assises pose au jury les faits matériels pour en déduire ensuite les circonstances caractéristiques de la tentative; qu'il n'appartient qu'au jury d'apprécier si les actes incriminés forment un commencement d'exécution, et qu'en leur ôtant ce caractère il enlève à la tentative, quels que soient les actes qui la composent, toute sa criminalité [4].

De là l'on peut induire que la distinction des actes extérieurs et d'exécution revêt peu d'importance en droit; mais elle en conserve une extrême dans la pratique, puisqu'elle pose la borne où l'acte commencé cesse d'être licite, où l'accusation peut le poursuivre, et la peine le frapper. Il ne sera donc pas inutile d'insister sur quelques-uns des arrêts que nous venons de citer.

La cour de Bordeaux avait à décider si un homme qui s'était introduit dans une maison avec escalade et effraction, et dans l'intention de voler, mais qui avait été découvert avant qu'il eût saisi aucun objet, était coupable d'une tentative légale, et elle déclara que ce fait n'avait pas un tel caractère : « attendu que, si l'introduction

[1] Cass. 30 juin 1816, Bull. crim. n° 30.

[2] *Voy.* dans ce sens cass. 27 août 1812, 18 mars 1813, 23 sept. 1825, 28 juill. 1825, 27 juill. 1826, 4 oct. 1827.

[3] Cass. 23 sept. 1825 et 4 oct. 1827, Bull. n°s 189 et 253.

[4] Cass. 18 avr. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 213.

violente forme l'acte extérieur qui manifeste la tentative, aucun fait de la cause ne présentait le commencement d'exécution nécessaire pour qu'elle soit assimilée au vol. » Cet arrêt fut dénoncé à la cour de cassation. « Comment la cour de Bordeaux, a dit le procureur général, a-t-elle pu décider que la réunion de ces circonstances ne constituait pas un commencement d'exécution de la tentative du vol? Un acte qui précède immédiatement la consommation du crime est nécessairement un commencement d'exécution. Que restait-il à faire à l'accusé pour exécuter le vol? Rien autre chose qu'à s'emparer des objets mobiliers qui se trouvaient dans l'appartement. S'il se fût emparé de ces objets, il aurait été coupable du vol consommé. Or les faits déclarés devaient immédiatement précéder le fait de l'appréhension de ces objets mobiliers; donc ces faits constituent un commencement d'exécution. S'ils n'avaient pas ce caractère, s'ils n'étaient que des actes extérieurs, il faudrait qu'entre ces actes et le vol consommé on pût par la pensée placer un fait intermédiaire qui serait le commencement d'exécution. » Néanmoins le pourvoi a été rejeté : « attendu qu'en déterminant les circonstances nécessaires pour caractériser la tentative criminelle, la loi n'a pas déterminé en même temps les faits élémentaires et constitutifs de ces circonstances; qu'il s'ensuit que, quelque erronée que puisse être l'opinion de la cour de Bordeaux en jugeant que les faits déclarés ne constituaient point de commencement d'exécution, elle n'a point commis de violation expresse de la loi [1]. »

[[Dans une seconde espèce, il s'agissait de savoir si le fait d'avoir cherché à ouvrir à l'aide d'un ciseau la porte d'un logement constituait un commencement d'exécution d'un vol que le prévenu aurait eu le dessein de commettre dans l'intérieur de ce logement. La cour de Montpellier, chambre d'accusation, a résolu cette question négativement, par les motifs « qu'en frappant d'une peine identique la tentative et le crime consommé, le législateur n'a pas voulu atteindre uniquement la volonté coupable ou la simple détermination intention-

[1] Cass. 23 sept 1825, Bull. n° 189.

nelle ; qu'il a exigé, en outre, que cette détermination et cette volonté fussent manifestées, non par des actes extérieurs quelconques qui en révèleraient avec certitude l'existence, mais bien par un commencement d'exécution du crime même dont le coupable avait projeté l'exécution; que les empreintes trouvées sur la porte peuvent faire supposer sans doute que leur auteur a voulu s'introduire dans ce logement pour y commettre un vol, mais qu'on ne saurait y voir un commencement d'exécution du vol lui-même ; que le fait de l'agent qui s'efforce d'ouvrir ainsi une porte, et abandonne ensuite par des motifs quelconques son entreprise inachevée, ne constitue ni un commencement d'exécution, ni même une effraction véritable, mais bien et uniquement une tentative d'effraction ; qu'il y aurait un danger social manifeste à assimiler une pareille tentative au crime de vol consommé; qu'une telle assimilation aurait inévitablement pour résultat de précipiter le coupable vers la consommation complète du crime[1]. »]]

Dans une troisième espèce, un individu avait escaladé une palissade, et brisé des châssis et des carreaux de vitres dont l'effraction devait lui procurer l'entrée d'une maison. Cette entreprise ne fut interrompue que par l'apparition des habitants de la maison. Néanmoins la cour de Nancy déclara n'y avoir lieu à suivre, par le motif que la tentative n'avait pas été suivie d'un commencement d'exécution, et la cour de cassation confirma cet arrêt par les mêmes motifs que dans l'espèce précédente[2].

Il est à regretter que cette cour, enchaînée par la souveraineté de la décision des cours royales, n'ait pu examiner si l'escalade et l'effraction doivent être considérées comme des actes purement préparatoires ou d'exécution. M. Rossi, adoptant l'opinion exprimée dans le réquisitoire, n'hésite pas à voir dans ces actes un commencement d'exécution. Suivant ce célèbre professeur, l'escalade et l'effraction touchent de trop près à l'action criminelle pour qu'on puisse les en

[1] Montpellier 29 janv. 1852, ch. d'acc.; Journ. crim., t. 24, p. 176.
[2] Cass. 4 oct. 1827, Bull. n° 253.

séparer; ces actes se confondent dans cette action, et ne forment avec elle qu'un seul tout. Cette opinion, qui peut sembler spécieuse, ne nous a pas paru exacte. L'escalade, l'effraction, de même que l'usage de fausses clefs, sont évidemment en dehors de l'action criminelle ; ils la précèdent, ils la préparent, mais elle n'est pas encore commencée. Comment soutenir en effet que l'escalade, par exemple, est un commencement de vol? Cet acte ne peut-il pas avoir pour but la perpétration d'un tout autre crime, d'un rapt, d'un viol, d'un assassinat? C'est d'après cette distinction que nous avons vu la loi romaine incriminer l'escalade et l'effraction, abstraction faite du crime que ces actes avaient pour but de commettre [1]. M. Carmignani refuse également de voir dans ces faits des actes d'exécution [2].

168. Mais, indépendamment de ces raisons générales, nous ferons remarquer avec M. Carnot [3] que l'usage des fausses clefs, l'escalade et l'effraction n'ont été considérés par le législateur que comme des circonstances aggravantes des crimes, et qu'il n'a puni ces actes, quelque graves qu'ils puissent être, qu'autant qu'ils se rattachent à un crime tenté ou consommé. Dès lors ces circonstances ne peuvent constituer par elles-mêmes une tentative punissable. Elles révèlent une intention criminelle; mais la loi ne punit l'intention que lorsqu'elle accompagne la perpétration ou la tentative d'un fait punissable, et le législateur n'a pas aperçu dans ces actes préparatoires assez de péril pour en faire l'objet d'une pénalité principale [4].

Cependant, si l'escalade était suivie d'un acte quelconque d'exécution, quelque léger qu'il fût, il est évident qu'il y aurait tentative : ainsi le déplacement d'un objet, l'ouverture d'un meuble, suffiraient, dans ce cas, pour constituer le crime. C'est ce que la cour de cas-

[1] *Voyez* loi 21, § 7, Dig. *de furtis*, citée *suprà*, p. 365.

[2] Teoria delle leggi della Siccurezza sociale, t. 2, p. 334.

[3] Comment. sur le code pénal, t. 1, p. 16.

[4] Ainsi, la tentative d'homicide volontaire ne peut nécessairement exister qu'autant qu'il est constaté que son auteur avait l'intention de donner la mort. Cass. 13 juill. 1843, Bull. nº 178 ; Journ. du dr. crim. 1843, p. 342, art. 3481.

sation a décidé [1]; et cette solution démontre en même temps combien est inexacte cette proposition du réquisitoire que nous avons cité plus haut, qu'*entre l'escalade et le vol consommé la pensée ne peut concevoir aucun fait intermédiaire qui puisse être un commencement d'exécution.*

On voit par ces exemples que la tentative échappe et glisse en quelque sorte entre deux faits opposés entre eux, l'acte préparatoire qui n'offre aucun caractère de délit, et l'acte qui consomme le délit. Suivant l'idée de M. Carmignani, l'esprit peut se figurer deux points marquant un espace, et imaginer la tentative comme se mouvant pour les parcourir [2] : elle se manifeste dans le premier acte visible du projet criminel; elle a sa limite dans l'accomplissement de ce projet. Mais dans cette série d'actes il faut distinguer ceux qui constituent l'action criminelle, et ceux qui ne font que la précéder ou la suivre. « Il y a toujours, a dit M. Rossi [3], un fait ou un ensemble de faits qui seuls constituent le but que l'agent veut atteindre, l'action criminelle qu'il se propose. Tout ce qui précède ou suit cette action peut avoir avec elle des rapports plus ou moins étroits, mais ce n'est pas là ce qui la constitue; elle peut avoir lieu sans ces précédents, ou avec des précédents différents. » Il faut donc dégager cette action des actes qui ne sont pas intimement liés avec elle, qui n'en forment pas une partie intrinsèque : ce sont les actes préparatoires; ils sont achevés, et l'action n'est pas encore commencée; la tentative se prépare; légalement, elle n'existe pas encore. Elle prend naissance, elle devient passible d'une peine, lorsque le premier des actes dont l'ensemble compose le crime a été commis; et elle continue, sans distinction de degré de culpabilité dans sa course, jusqu'à la perpétration de l'acte qui achève et consomme ce crime. L'acte préparatoire peut répandre quelque alarme, mais sans péril actuel; la tentative met le droit en péril, mais sans le violer; le crime consommé viole

[1] Cass. 29 oct. 1813, Bull. nº 234.
[2] Loco cit., p. 326.
[3] Traité de droit pénal, t. 2.

le droit et blesse la sécurité publique. Cette distinction simple nous semble résumer les trois degrés qui séparent ces actes.

[[Il est peut-être inutile d'ajouter que la réparation, quand elle est possible, que l'agent aurait faite du dommage causé par son action, peut atténuer sa criminalité, mais ne peut la faire considérer comme une tentative dont il aurait suspendu les effets par sa volonté. Autre chose est un acte commencé qui demeure inaccompli, autre chose un acte consommé dont les effets matériels sont plus ou moins effacés. La loi pénale ne frappe pas seulement l'agent en vue du préjudice qu'il a occasionné, car alors toute la peine consisterait dans une réparation pécuniaire; elle le frappe en vue de l'alarme qu'il a jetée dans la société, de l'exemple de désobéissance aux lois qu'il a donné, du désordre qu'il a commis. La réparation pécuniaire efface le dommage; elle laisse subsister le trouble social; elle ne fait point disparaître un fait consommé; elle n'ôte point à la peine son utilité. Il a été souvent jugé, en conséquence, que la remise ou la restitution d'un objet frauduleusement soustrait ne change point le caractère du délit de vol, lorsqu'il a été consommé par l'appréhension de cet objet avec l'intention de se l'approprier[1].]]

169. Les diverses circonstances caractéristiques de la tentative doivent nécessairement être exprimées tant dans l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises et dans l'acte d'accusation que dans la déclaration du jury. Il ne suffirait donc pas, pour l'application de la peine, que la tentative fût déclarée constante; il est nécessaire qu'il soit reconnu qu'elle réunit tous les caractères déterminés dans l'article 2 du code pénal : car, nous le répétons encore, l'accusé peut être déclaré coupable d'une tentative, mais qui, n'étant pas celle du code pénal, ne serait, dans la vérité, rien autre chose qu'une intention, un projet dont la répression n'appartient point à la justice sociale. La jurisprudence n'a pas dévié de cette règle[2], et c'est en

[1] Cass. 10 juin 1842, Bull. nº 146.

[2] Cass. 26 juill. 1811, 23 mars 1815, 18 avril 1816, 30 mai 1816, 10 juin 1818, 15 avr. 1824, 26 juill. 1826, 23 juin 1827, etc.; et Journ. du dr. crim. 1829, p. 252; 1831, p. 176; 1834, p. 213.

l'appliquant que la cour de cassation a successivement jugé que la réponse du jury qui n'a prononcé que sur deux caractères de la tentative, et a gardé le silence sur le commencement d'exécution, est incomplète [1]; et que la déclaration portant qu'il y a tentative de crime, mais que cette tentative n'a pas réuni les caractères spécifiés en l'article 2, ne présente, au contraire, aucune obscurité [2] : dans cette double hypothèse il n'y a pas tentative légale, le crime s'est effacé.

Depuis la loi modificative, et par suite du changement de rédaction, il suffit que le jury déclare que la tentative a été manifestée par un commencement d'exécution, et qu'elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Mais ces expressions, qui énoncent les deux circonstances élémentaires de la tentative punissable, le commencement d'exécution et la suspension involontaire, ne sauraient être remplacées par des termes équipollents. [[Ainsi il a été décidé, d'une part, que la déclaration affirmative du jury sur la question du guet-apens ne peut suppléer la déclaration sur la tentative, bien que le guet-apens semble supposer la tentative [3]; et, d'une autre part, que la déclaration que la tentative a manqué son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ne suffit pas; il faut constater qu'elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur [4].]] Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code pénal, quelque incertitude s'était manifestée à cet égard dans la jurisprudence de la cour de cassation [5], mais le principe est aujourd'hui parfaitement reconnu. Et en effet, si des expressions équipollentes étaient admises, comment reconnaître que ces expressions ont identiquement la valeur

[1] Cass. 10 déc. 1818, Bull. n° 146. *Voyez* toutefois cass. 13 janv. 1821, Journ. du dr. crim. 1828, p. 176.

[2] Cass. 9 juill. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 252.

[3] Cass. 17 déc. 1835, Bull. n° 459.

[4] Cass. 1 sept. 1853, Bull. n° 441.

[5] Cass. 22 août 1811, 22 janv. et 1 juill. 1813.

des termes de la loi? Quelle interprétation serait assez infaillible pour en être assurée? Et comment asseoir une peine sur une interprétation? La question doit donc être posée aux jurés dans les termes mêmes de la loi; et peut-être est-ce un devoir pour le président d'appeler leur attention sur les circonstances constitutives du crime, et sur les nuances qui distinguent ces circonstances.

170. Cependant les dispositions de l'article 2, quelque généraux qu'en soient les termes, admettent plusieurs exceptions; les unes sont fondées sur un texte du code, les autres ne résultent qu'implicitement de ses termes. Ainsi cet article n'est point applicable en matière de complot (art. 89 et 90), de faux (art. 132 et suiv.), de corruption (art. 179, § 2), d'avortement (art. 317, § 2 et 3), d'attentat à la pudeur (art. 331), et de subornation de témoins (art. 365). Nous allons indiquer succinctement l'étendue et les limites de ces différentes exceptions [1].

L'article 89 prévoit le complot, c'est-à-dire l'association arrêtée entre plusieurs personnes pour exécuter l'attentat : ce crime, qui n'est qu'une espèce particulière de tentative, a deux degrés distincts. La loi punit, d'abord, la résolution d'agir, la simple volonté, indépendamment de tous actes extérieurs, parce que cette volonté, cette résolution présente des dangers pour la société, dès qu'elle émane une et définitive de plusieurs personnes réunies : le pacte d'association est en quelque sorte considéré comme l'acte extérieur. La loi prévoit ensuite le cas où *cette résolution concertée* a été suivie *d'un acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution*. Il est nécessaire de distinguer ici les actes *préparatoires* et les actes d'*exécution* : car, si l'acte commencé ou commis était un acte d'exécution, le fait cesserait d'être un *complot*, il constituerait un *attentat;* si l'acte est purement *préparatoire*, le complot ne change pas de ca-

[1] La cour de cassation a jugé, le 7 juillet 1847, Bull nº 54, qu'il n'y a point d'exception à l'égard des crimes prévus par les art. 440, 451 et 442 du C. pén.

ractère ; seulement cet acte devient un élément d'aggravation de la peine.

L'article 90 présente la même exception dans une espèce différente. Il ne s'agit plus d'une association, d'un contrat auquel plusieurs individus ont adhéré : c'est un homme isolé qui seul forme un projet d'attentat, qui arrête son exécution sans la communiquer à personne. Sa pensée, tant qu'il ne l'a point manifestée, sa volonté, quelque coupable qu'elle soit, tant qu'elle demeure inerte dans son sein, est hors de la portée de la loi. Ce n'est donc point la simple résolution que punit cet article, c'est l'acte *extérieur* qui la révèle, c'est l'acte *préparatoire* de l'exécution de l'attentat ; et c'est dans l'incrimination de cet acte que consiste la dérogation au droit commun. Il faut répéter, au reste, que si l'acte extérieur constituait un commencement d'exécution, le même article cesserait de régir le fait, qui alors prendrait le caractère d'une tentative, et devrait être puni comme un attentat. Le code pénal, avant sa révision, réputait attentat *tout acte extérieur* commis ou consommé pour parvenir à l'exécution. Cette exception au principe de l'article 2 n'existe plus : le changement opéré dans le texte de l'article 88 a eu pour but de replacer le crime dans le droit commun, en déclarant que le fait ne constituera l'attentat qu'autant qu'il y aura eu *exécution* ou *tentative*. Il est évident que le législateur n'a pu entendre que la tentative légale, et d'ailleurs il l'a reconnu lui-même : « La manifestation par » des actes extérieurs, porte l'exposé des motifs de la loi modifica- » tive, d'une résolution criminelle, mais avant le commencement » d'exécution, ne saurait être assimilée à l'attentat lui-même. » C'est à l'attentat, c'est-à-dire, d'après le projet de la loi, à l'*exécution déjà commencée*, que la peine capitale sera réservée ; il suit de là que s'il y a eu désistement volontaire, ou si les actes commencés sont purement préparatoires, le crime d'attentat disparaît, mais le complot peut subsister : cette interprétation se trouve confirmée par la jurisprudence de la cour de cassation [1].

[1] Cass. 13 oct. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 287.

171. Les crimes de faux offrent une deuxième exception, mais seulement implicite, aux règles de l'article 2. La fabrication d'une monnaie ou d'une pièce fausse n'est point en elle-même un crime, mais bien un moyen de le commettre par l'usage de la pièce ou l'émission de la monnaie; le crime réel, en effet, consiste dans le vol, l'escroquerie, la tromperie en un mot, que le faux est destiné à accomplir. La fabrication n'est donc, à proprement parler, qu'un acte préparatoire de ce vol ou de cette escroquerie. D'où il suit que la loi pénale, en incriminant cet acte préparatoire, en le rangeant parmi les crimes principaux, a établi une dérogation formelle à l'article 2, qui ne punit que le commencement d'exécution du crime. La facilité avec laquelle le faussaire peut à tout moment faire usage de la pièce fausse, et le péril dont cet acte préparatoire menace incessamment la société, ont motivé cette dérogation au droit commun, dérogation que la plupart des législations ont admise, ainsi qu'on le verra plus loin dans notre chapitre *du faux*.

La loi a donc séparé les éléments de ce crime, et elle en a formé deux crimes distincts : la fabrication de la pièce fausse, et l'usage de cette pièce (art. 132, 147, 148 C. P.). Dès lors, et l'acte préparatoire de la fabrication ayant le caractère d'un crime principal, la tentative de ce crime doit être incriminée lorsqu'elle réunit les éléments constitutifs précisés par l'article 2 [1]. Ainsi la cour de cassation a dû juger que le fait d'un individu qui se présente devant un officier public, sous de faux noms, pour faire opérer par son ministère un faux par supposition de personnes, dans un acte public, est coupable d'une tentative de faux, lorsque, par une circonstance indépendante de sa volonté, l'acte n'a été signé ni des parties, ni de l'officier public [2]. [[On lit notamment dans un arrêt : « que si l'acte qu'avaient seuls signé la personne supposée et le notaire, est

[1] La loi 19, Dig. de leg. Corneliâ de falsis, n'est pas contraire à cette décision : elle ne prévoit que la tentative volontairement abandonnée : « Qui falsam monetam percusserunt, sed id totum formare noluerunt, suffragio justæ pœnitentiæ absolvuntur. »

[2] Cass. 9 juill. 1807, Sir., 9-1-81.

resté à l'état imparfait par suite du désir de ce dernier de prendre des renseignements sur l'identité de l'emprunteur et a fini par être inexécuté, cette imperfection et cette inexécution, toutes du fait du notaire rédacteur, sont entièrement indépendantes du prévenu qui, en signant ledit acte, a accompli le contrat de prêt frauduleux qu'il convoitait, en tout ce qui pouvait relever de sa volonté[1]. »]] La même décision s'appliquerait à la tentative de l'usage de la pièce fausse.

172. Les crimes de corruption, d'avortement, d'attentat à la pudeur, forment encore des exceptions aux règles de la tentative. Ainsi la corruption tentée envers un fonctionnaire public n'est punissable d'une peine infamante qu'autant qu'elle a eu son effet (article 179); ainsi l'avortement de la femme enceinte n'est incriminé par l'article 317, du moins à l'égard de la femme elle-même, que dans le cas où l'avortement a été consommé; enfin, la tentative violente de l'attentat à la pudeur renferme en elle-même les circonstances exigées par l'art. 2, ou plutôt existe légalement indépendamment de ces circonstances[2]. Nous n'avons pas à examiner ici si ces exceptions sont fondées; nous n'avons pas à examiner si la tentative de l'avortement, lorsqu'elle est exécutée par toute autre personne que la femme enceinte, peut être poursuivie criminellement. Ces questions, qui ont divisé les plus célèbres criminalistes, exigent des développements qui seraient entièrement étrangers à la matière spéciale de la tentative; nous renvoyons donc leur examen à nos chapitres *de l'avortement* et *des attentats à la pudeur*.

La dernière exception, qui comprend le crime de subornation de témoins, dérive du texte même de la loi; et en effet, aux termes des articles 361 et 365 du code pénal, l'on ne peut poursuivre ni punir la tentative de subornation, puisque la subornation n'est passible d'une peine que dans le cas où les témoins subornés ont déposé contre la vérité. Le législateur a pensé sans doute que, jusqu'à la

[1] Cass. 14 oct. 1854, Bull. n° 304.

[2] Mêmes arrêts.

déposition, le suborneur peut arrêter le faux témoin; et puis, si le témoin ne dépose pas faussement, le suborneur n'est coupable que d'un projet criminel sans commencement d'exécution.

Telles sont les exceptions que les règles de la tentative reçoivent dans le code pénal. Nous passons maintenant à l'examen de quelques difficultés que fait naître l'application de ces règles.

173. Lorsque l'accusé est renvoyé devant la cour d'assises comme coupable d'un crime consommé, la question de la tentative peut-elle être posée au jury? En général, l'affirmative n'admet aucun doute. En effet, la tentative d'un crime n'est qu'une modification du crime même; l'accusation du crime consommé comprend donc nécessairement l'accusation de la tentative de ce crime. Cependant cette solution peut, dans certains cas, n'être pas exempte de difficultés. C'est ainsi que la question de la tentative ne devrait pas être posée sans quelque distinction à l'égard de l'accusé de meurtre. En effet, la nuance qui sépare les coups et blessures de la tentative de meurtre ou d'assassinat est difficile à saisir. Il n'y a pas tentative de meurtre par cela seul que les blessures ont été graves, ou qu'elles ont été faites avec une arme meurtrière : il est nécessaire qu'il y ait eu dessein de tuer [1]. La question de la tentative ne doit donc être posée que lorsqu'il résulte des débats que l'attaque a été effectuée avec la volonté de tuer, et elle doit renfermer cette circonstance ; au cas contraire, la question ne doit porter que sur les blessures. En ce cas, c'est un devoir pour le président des assises d'appeler l'attention des jurés sur les nuances qui pourraient leur échapper, si elles ne leur sont pas indiquées, parce qu'elles résultent de dispositions des lois pénales qu'ils peuvent ignorer [2].

[1] Cass. 14 mai 1813, Bull. n° 103, et 3 fév. 1821, Bull. n° 26. Merlin, Rép. v° *Tentative*, § 8; Favard de Langlade, v° *Tentative*, p. 519; Dalloz, v° *Cour d'assises*, p. 436; Carnot, *De l'instr. crim.*, t. 2, p. 587; Bourguignon, t. 3, p. 9; Legraverend, t. 1, p. 125.

[2] Cass. 14 déc. 1820, Bull. n° 155; Legraverend, t. 2, p. 118; Bourguignon, t. 3, p. 5.

La tentative de coups et blessures est punissable, toutes les fois que les violences constituent un crime.

Ainsi les poursuites pour simple tentative de blessures seraient légitimes, si cette tentative s'était exercée envers les pères et mères et autres ascendants (art. 314 C. P.). Quelques doutes s'étaient manifestés à cet égard; mais les termes de l'article 2 ne permettent d'exception qu'autant qu'elle résulte d'un texte formel de la loi, et la cour de cassation a confirmé cette opinion [1].

174. Les complices de la tentative doivent être punis comme les complices du crime consommé; cela résulte et de l'article 2 qui assimile au crime même la tentative qui se produit avec les circontances prévues par la loi, et de l'article 60 qui frappe les complices des mêmes peines que les auteurs principaux.

De ce principe découle une double conséquence. Si la tentative n'est pas accompagnée des circonstances qui la constituent, le complice, quelle que soit la part qu'il y ait prise, est à l'abri de toute peine. Ainsi le mandant qui a chargé un individu de commettre un crime, qui a manifesté cette volonté par des actes extérieurs, qui n'a rien fait pour en empêcher l'exécution, est protégé par la loi, si le mandataire n'a pas agi, car cette tentative n'est qu'un projet tant qu'elle n'a pas été suivie d'un commencement d'exécution. C'était aussi la décision des docteurs : *Mandans aliquod delictum non videtur puniendus, si illud non sequatur* [2].

Au contraire, si la tentative effectuée par l'agent réunit les caractères qui la rendent punissable, la peine atteint les complices, quelque légère que soit la part qu'ils aient prise à la préparation du crime, et lors même qu'ils n'auraient pas trempé dans l'exécution commencée. Cette décision rigoureuse n'est que l'application de l'art. 60 du code qui a voulu que l'assistance donnée avec connaissance dans les faits préparatoires du crime constituât la complicité par elle-même

[1] *Voy.* sur la position des questions en matière de tentative, Traité de l'Instr. crim., t. 9, p. 80 et suiv.

[2] Cass. 3 févr. 1821, Sir., 21-1-216.

et indépendamment de toute participation des complices au commencement d'exécution du fait principal. En effet, aux termes de cet article, l'un des faits caractéristiques de la complicité, c'est d'avoir aidé ou assisté avec connaissance l'auteur d'une action qualifiée crime dans les actes qui l'ont préparée; et ce fait caractérise la complicité dans les tentatives comme dans les crimes consommés, puisque la tentative du crime, lorsqu'elle réunit les circonstances fixées par l'article 2, forme un crime principal. Or, de même que l'intention de son auteur a toujours été de consommer le crime, de même aussi c'est à cette consommation que s'est référée l'assistance donnée dans les actes préparatoires. Toutefois le dernier paragraphe de l'article 60, relatif aux crimes politiques, a pris soin d'exprimer que les complices de ces crimes seraient punis de peines spéciales, « *même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs n'aurait pas été commis.* » D'où l'on aurait pu induire qu'en règle générale il n'y a complicité punissable que là où le crime a été consommé, puisque la loi a cru nécessaire de formuler une exception pour des crimes spéciaux; mais cette exception n'est point écrite avec assez de netteté pour qu'on puisse en tirer, par la seule voie de l'induction, une règle générale qui semble repoussée par les différents textes de l'article 60; les dernières expressions de cet article paraissent s'appliquer spécialement à la provocation, et il serait trop hasardeux d'y puiser un principe que le système général du code ne paraît pas admettre. La criminalité de l'assistance aux actes préparatoires est subordonnée au caractère définitif de l'action principale; elle disparaît, si cette action n'a pas dépassé la limite où elle devient un crime; elle se maintient, au contraire, si le commencement d'exécution lui a imprimé ce caractère [1].

175. Nous ne pousserons pas plus loin l'examen des questions que cette matière a soulevées; celles que nous aurons omises trouveront une facile solution dans les règles que nous avons posées. Mais

[1] Farinacius, quæst. 124, nº 90; *voy.* aussi *infrà* le chapitre de la *Complicité*.

jusqu'ici nous n'avons suivi l'application de ces règles qu'aux seules tentatives du crime; il nous reste à parler des tentatives de délits.

On doit se demander d'abord si les tentatives des délits correctionnels doivent être punies par la loi.

En effet, l'intérêt de la société à la répression de ces délits n'est évidemment que secondaire, et cet intérêt devient plus faible encore lorsqu'il ne s'agit que d'une simple tentative. Ce n'est plus un mal réel produit par le délit consommé que l'on poursuit; c'est un péril, une alarme, qui sont fort légers, puisqu'ils se proportionnent à l'exiguïté du fait. Et puis, parmi ces tentatives, si les unes échappent à la répression sociale par leur faible importance, les autres s'y dérobent par la difficulté de déterminer leurs caractères et d'en faire ressortir la criminalité. « *In levibus delictis*, disaient les docteurs, *non puniri affectum sèu conatum, effectu non sequuto* [1] ». En règle générale, la tentative d'un simple délit ne doit donc faire la matière d'aucune poursuite, soit à cause de la difficulté des preuves, soit à cause de l'exiguïté du péril social [2]; et ce n'est que dans quelques cas spéciaux où ce péril est plus appréciable, où les preuves sont faciles, que cette criminalité peut être justifiée. Telle est aussi la théorie que le code pénal a consacrée; son article 3 est ainsi conçu : « *Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.* »

On lit dans les procès-verbaux du conseil d'État que, Napoléon ayant demandé aux rédacteurs du projet de code les motifs de la restriction de l'article 3, M. Berlier répondit « qu'il n'y a nulle parité entre la tentative d'un crime et celle d'un délit, ni surtout dans les actes qui caractérisent le commencement d'exécution en des espèces si différentes. Ainsi un homme est surpris crochetant la serrure d'une porte : son but ultérieur est bien connu par ce seul fait; mais, s'il s'agit d'une rixe, punira-t-on celui qui aura levé la main, et dont des tiers ont arrêté les coups, comme celui qui aurait frappé? La société

[1] Farinacius, quæst. 124, n° 52.

[2] Cass. 6 févr. 1812, Bull., p. 35; Merlin, v° *Tentative*; Favard, *eod. verbo*; Legraverend, t. 1, p. 131; Bourguignon, t. 3, p. 6.

n'a pas le même intérêt de réprimer, et il ne faut pas étendre indiscrètement les peines [1]. »

M. Treilhard a ajouté dans l'exposé des motifs : « Cette disposition ne peut pas être si généralement adoptée pour les délits, parce que les caractères n'en sont pas aussi marqués que les caractères du crime ; leur exécution peut très-bien avoir été préparée et commencée par des circonstances et des démarches qui en elles-mêmes n'ont rien de répréhensible, et dont l'objet n'est bien connu que lorsque le délit est consommé ; il a donc été sage de déclarer que les tentatives du délit ne seraient considérées et punies comme le délit même que dans les cas particuliers déterminés par une disposition spéciale de la loi. »

176. Quelques difficultés se sont élevées sur l'application de l'article 3. La plus grave est de savoir si la tentative qu'il prévoit ne peut être punie qu'autant qu'elle est accompagnée de toutes les circonstances mentionnées dans l'art. 2. On cite pour la négative un arrêt de rejet de la cour de cassation, portant : « qu'on ne peut invoquer les règles générales du code pénal sur les circonstances constitutives de la tentative du crime, dans les cas particuliers où la tentative de délit est assimilée au délit même ; que c'est un fait spécial que le législateur n'a point assujetti, dans l'art. 3 du code pénal, aux règles posées dans l'art. 2 du même code [2]. »

Mais il nous paraît, comme l'a remarqué M. Carnot, que si l'art. 3 ne le dit pas d'une manière formelle, il le suppose nécessairement. « Il serait absurde, en effet, dit ce magistrat, d'imaginer que la tentative d'un crime pourrait être plus favorisée que la tentative des simples délits [3]. » Il suffit d'ailleurs de rapprocher les art. 2 et 3 pour s'assurer que le dernier article n'a eu qu'un objet, c'est de restreindre, à l'égard des délits, la règle que l'art. 2 étend à tous les crimes ; il en resserre le cercle, il en limite l'application ; mais la règle reste la même, et cette règle, qui domine toute la législation

[1] Séance du 21 fév. 1809, Locré, 29, 134.

[2] Cass. 26 sept. 1828, Bull. n° 285.

[3] Comm. du cod. pén., t. 1, p. 21.

pénale, c'est qu'il n'y a de tentative punissable qu'autant qu'il y a eu commencement d'exécution, qu'autant qu'elle n'a été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

A la vérité, les tribunaux de police correctionnelle étant juges du fait et du droit, on a pensé qu'il suffisait qu'ils reconnussent un prévenu coupable d'une *tentative de délit*, et que cette déclaration proclamait implicitement l'existence des circonstances constitutives de cette tentative. [[Telle est l'interprétation que la cour de cassation a consacrée [1], et que toutefois par un dernier arrêt elle a essayé de concilier avec l'application des règles légales en déclarant : « que la loi n'a point spécifié les faits et les circonstances nécessaires pour constituer la tentative de délit; qu'elle a laissé aux juges le soin de les rechercher, de les reconnaître et d'en déduire leurs conséquences légales, se contentant de marquer avec précision les caractères généraux de la tentative, à savoir, qu'elle ait été manifestée par un commencement d'exécution, et qu'elle n'ait été suspendue ou n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur [2]. »]] Nous ne saurions encore adopter cette opinion. La tentative d'un délit, dans le cas même où la loi l'incrimine, n'est punissable qu'autant qu'elle est caractérisée; il est donc nécessaire que le jugement qui applique la peine constate les caractères qui seuls justifient cette application; autrement le délit ne serait pas qualifié, puisqu'on chercherait vainement dans le jugement les circonstances constitutives du fait que la loi a voulu atteindre et punir [3].

177. Les art. 179, 241, 245, 388, 400, 401, 405, 414 et 415 du code pénal, sont les seuls qui contiennent des dispositions particulières sur les tentatives de délits.

On a cependant voulu étendre l'application de l'article 3 à quelques autres dispositions; mais la cour de cassation a successivement jugé :

[1] Cass. 21 oct. 1814, Bull. n° 143; 26 sept. 1828, Bull. n° 285.

[2] Cass. 10 déc. 1842, Bull. n° 323.

[3] *Voyez* dans ce sens arr. Bordeaux, 31 janv. 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 122.

1° que les coalitions qui avaient pour but d'opérer la hausse ou la baisse d'une marchandise n'étaient punissables qu'autant que le délit avait été consommé, c'est-à-dire que la hausse ou la baisse avait été opérée [1]; 2° que la tentative du délit de coupe d'herbages échappe à la répression, puisqu'elle n'est pas du nombre de celles qui sont considérées comme le délit lui-même [2]; [[3° que la tentative du délit de corruption, commise par un médecin ou officier de santé auprès d'un conseil de révision et prévue par l'art. 45 de la loi du 21 mars 1832, n'est également passible d'aucune peine, puisque cette loi est muette à cet égard [3]; que la tentative du délit de contrefaçon ne rentre pas dans les termes des lois spéciales sur cette matière [4].]]

Les dispositions spéciales qui incriminent la tentative de divers délits ne fixent pas toujours avec précision les limites de ces incriminations. Quelques difficultés se présenteront plus loin à cet égard; mais, comme elles tiennent moins à la nature de la tentative qu'au caractère de ces délits, et surtout au texte des articles qui les répriment, il nous a paru plus convenable d'en renvoyer l'examen aux chapitres où ces matières seront traitées. [[Nous croyons cependant devoir noter ici qu'il a été reconnu par la jurisprudence que la loi du 27 mars 1851, qui punit la tentative de tromperie sur la quantité et la qualité des marchandises, n'exige pas que les juges reconnaissent et mentionnent dans leurs jugements que la tentative de tromperie soit caractérisée conformément à l'art. 2 [5].]]

[1] Cass. 24 déc. 1812, 29 janv. 1813, 17 janv. 1818, 1er fév. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 329.

[2] Cass. 21 oct. 1824, Bull. n° 484; et arr. Orléans, 21 fév. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 174.

[3] Cass. 10 nov. 1853, Bull. n° 535.

[4] Cass. 9 juill. 1852, Bull. n° 233.

[5] Cass. 6 oct. 1854, Bull. n 296; 4 avr. 1857, Bull. n° 142.

CHAPITRE XII.

DE LA COMPLICITÉ.

(*Commentaire des art.* 59, 60, 61, 62 *et* 63 *du code pénal.*)

---

178. La théorie de la complicité est l'une des matières les plus épineuses du droit pénal; c'est celle aussi qui a le plus vivement excité la méditation des criminalistes. Un problème immense est encore à résoudre: c'est de graduer les peines entre les divers coupables qui ont participé à un même crime, proportionnellement à la part que chacun d'eux a prise à ce crime; problème grave et difficile qui a reçu les solutions les plus diverses dans les théories des publicistes et dans les lois.

Lorsqu'un crime a été commis par plusieurs personnes, on conçoit que la participation de chacune de ces personnes peut n'être pas la même. L'une a pu en concevoir la pensée et en provoquer l'exécution, l'autre préparer cette exécution, l'autre l'accomplir, l'autre enfin dérober à la justice les coupables et les vestiges du crime. En ne s'arrêtant même qu'au moment de l'exécution, il est évident que les

actes qui se réunissent pour l'achever n'ont pas tous la même valeur morale, ne révèlent pas la même perversité. Il suit de cette observation que chacun des actes de la participation comporte des degrés différents, des nuances distinctes de criminalité.

Or, c'est une loi de la responsabilité humaine que chaque prévenu ne soit puni qu'à raison de la part qu'il a prise au délit; c'est une loi de la justice distributive que la peine soit mesurée entre les coupables suivant la culpabilité relative de chacun d'eux.

Mais comment apprécier la criminalité de chaque espèce de participation au délit? Comment classer à l'avance dans les dispositions pénales les caractères de ces diverses complicités? définir et les formes de la participation, et les circonstances dans lesquelles elle se produit, et les modifications qu'elle peut revêtir? mesurer la peine à chaque degré de cette participation? La justice sociale, avec son action limitée, sa marche incertaine, a-t-elle le pouvoir d'apprécier et de punir avec certitude ces nuances multipliées? n'a-t-elle pas des bornes auxquelles elle doit s'arrêter?

Il ne faut point s'étonner de ce que le législateur de 1810, au lieu de pénétrer dans les entrailles de ces difficultés, au lieu d'essayer quelques distinctions propres à les résoudre, se soit déterminé à poser une règle absolue, uniforme, par laquelle les complices sont punis, sans exception, de la même peine que les auteurs mêmes du délit. Cette règle générale, inflexible, sur tous les individus qui ont participé à l'action criminelle, quelle que soit la part de chacun d'eux, que cette part soit matérielle ou morale, principale ou accessoire, légère ou complète, cette règle élude toutes les difficultés, tranche toutes les questions dont cette matière est hérissée; mais répond-elle aux besoins de la justice morale, qui demande des degrés dans les châtiments quand elle en aperçoit dans les crimes?

Sans doute, la loi ne doit point s'égarer dans des classifications multipliées; il y aurait péril à fonder des distinctions sur des nuances morales qu'il serait difficile de bien caractériser dans la pratique, et trop de subdivisions nuisent à la clarté qui doit luire dans la loi pénale; d'ailleurs le législateur ne peut atteindre aux dernières limites de la

justice absolue. Mais il y a loin d'une classification trop nombreuse à la simplicité qui rassemble dans une même catégorie des délits évidemment inégaux, et leur inflige la même peine : le devoir du législateur est d'examiner si les diverses espèces de participation présentent le même degré de criminalité, et de soumettre à des pénalités différentes celles dont le caractère distinct et bien tranché est susceptible d'être clairement défini.

Pour exposer avec méthode les principes et les difficultés de cette matière, nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes : dans le premier, nous examinerons les règles qui doivent, en général, s'appliquer à la punition des complices ; dans le deuxième, nous rapprocherons ces règles des textes du code pénal ; enfin, le troisième paragraphe renfermera l'examen des nombreuses interprétations que ces textes ont reçues de la jurisprudence.

§ Ier.

Théorie générale de la complicité.

179. Les lois des différents peuples renferment les dispositions les plus diverses sur la complicité ; il nous semble nécessaire de jeter, avant toute discussion, un rapide coup d'œil sur ces législations.

La loi romaine offre sur cette matière un dédale presque inextricable de dispositions que les immenses travaux des jurisconsultes n'ont point complétement éclaircies ; l'interprétation de ces textes souvent obscurs, contradictoires quelquefois, a partagé les écoles et produit des luttes parmi les commentateurs. Cependant un principe qui domine la législation romaine, c'est l'assimilation des auteurs principaux (*rei*) et des complices (*participes vel socii*) ; la même peine les atteint [1]. La loi considère comme complices tous ceux qui

[1] L. 15, Dig. ad leg. Cornel de sicariis ; l. 7, § 6, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis ; l. 1, Dig. de recept. ; l. 1, C. de his qui latrones ; l. 9, C. ad leg. Jul. de vi ; etc.

ont assisté le coupable *ope et consilio*. La définition de ces dernières expressions a donné lieu à une interminable controverse. On les trouve appliquées successivement, dans les fragments du Digeste, à la participation morale, qui consiste dans l'ordre, la commission ou le conseil même de commettre un crime[1], et à la participation matérielle aux actes qui ont préparé ou accompli ce crime[2]. Ceux qui donnaient asile aux coupables, ou qui recélaient les objets volés, étaient encore rangés dans la même classe[3]; mais la sévérité de ce principe était tempérée par de nombreuses exceptions. Nous en rappellerons quelques exemples. La loi 4, Dig. *ad legem Aquiliam*, avait dit: ***Qui consilium furti dedit non tenetur, nisi consilium effectum habuit.*** Justinien a élargi cette exception dans les Institutes: ***Qui ad furtum faciendum tantùm consilium dedit atque hortatus est, non tenetur furti***[4]. Ainsi le conseil est absous, quel qu'en soit le résultat. Une exception sembable protégeait celui qui, témoin du crime, ne l'avait pas empêché[5], celui qui avait prêté les instruments du crime sans connaître l'usage auquel ils devaient être employés[6], celui qui avait favorisé la fuite du coupable, mais sans lui donner asile[7], etc. Nous reprendrons plus loin cette règle et ees exceptions, en discutant les interprétations et les décisions des docteurs.

180. L'ancien droit français avait adopté le même principe. Louis IX, dans ses Établissements, punit de la même peine les complices et les auteurs principaux, et, par une rigueur étrange, il inflige une peine plus grande aux femmes qui font société avec les criminels[8].

[1] L. qui servo, Dig. de furtis; l. 36, 50 et 52, *ibid.*; l. 4, Dig. ad leg. Aquil.

[2] L. 54, § 4, Dig. de furtis; l. 15, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

[3] L. 1, Dig. de recept, l. 1, C. de his qui latrones.

[4] Inst. de oblig. quæ ex delicto nasc., § 11.

[5] L. 109, Dig. de furtis.

[6] L. 54, § 4, Dig. de furtis.

[7] L. 62, Dig. de furtis.

[8] On lit dans le § 32: Fames qui sont avec meurtriers et avec larrons et les consentent, si sont à ardoir; et si aucuns ou aucunes leur tenant compa-

On retrouve cette assimilation des complices et des auteurs du crime dans une ordonnance du 22 décembre 1477, qui soumettait à la même peine le conspirateur, les agents qu'il fait mouvoir, et l'homme qui, instruit du complot, ne le révèle pas; dans une ordonnance de mars 1515, qui inflige la même pénalité aux délinquants en matière de chasse et aux acheteurs de gibier pris en délit; dans une troisième ordonnance de décembre 1559, qui punit comme complices et d'une peine égale ceux qui ont *latité* un condamné; enfin, dans l'ordonnance de 1670, titre 16, article 4, qui *prohibe les lettres d'abolition pour les duels et les assassinats, tant aux principaux auteurs qu'à ceux qui les auraient assistés, ni à ceux qui, à prix d'argent ou autrement, se louent ou s'engagent pour tuer ou traquer, excéder, ni à ceux qui les auront loués ou indultés pour ce faire, encore qu'il n'y ait eu que la seule machination ou attentat, et que l'effet n'en soit ensuivi.* Néanmoins la jurisprudence des parlements modifiait cette rigueur, en appliquant les distinctions établies par les lois romaines et les docteurs[1].

Le code pénal de 1791 continua cette règle sévère d'assimilation. Les rédacteurs de ce code placèrent sur la même ligne et frappèrent d'une peine uniforme celui qui a provoqué le crime, celui qui a procuré au coupable les instruments ou les armes qui ont servi à le commettre, celui qui a aidé et assisté l'auteur dans les préparatifs ou l'exécution, enfin celui qui achète ou recèle sciemment les objets volés[2]. Cette disposition forma plus tard l'article 60 de notre code pénal.

181. Cependant les législateurs étrangers n'ont point adopté un système aussi absolu. La loi anglaise admet plusieurs distinctions : elle sépare d'abord les coopérateurs en principaux et accessoires (*principals and accessaries*). Les principaux eux-mêmes se divisent en deux classes : le principal *in the first degree* est l'exécuteur

gnie qui les consentissent, et ne emblassent rien si leur feroit un autre tant de peine eus l'eussent emblé.

[1] *Voyez* Muyart de Vouglans, p. 10, et Jousse, t. 1, p. 17.

[2] C. P. 25 sept.-6 oct. 1791, tit. 3, art. 1.

du crime; le principal *in the second degree* est celui qui l'a aidé ou assisté dans l'exécution (*a person present aiding and abetting*). En général, la peine est la même pour les uns et les autres, notamment en matière de vol, de fausse monnaie, de faux; cependant la peine capitale n'est applicable qu'aux principaux au premier degré; elle se convertit en transportation à l'égard des autres[1]. Les *accessoires* sont les adhérents qui n'étaient pas présents à l'exécution. On distingue ceux qui ont prêté leur concours avant ou après l'exécution. Les *accessoires avant le fait*, c'est-à-dire ceux qui l'ont ordonné, conseillé ou préparé, sont punis comme les auteurs principaux, dans les cas de meurtre, de vol, de faux; dans les autres crimes, ils sont punis soit de la transportatien, soit de l'emprisonnement aux travaux de force. Les *accessoires après le fait*, c'est-à-dire ceux qui, sachant qu'un crime a été commis, reçoivent, assistent et recèlent les coupables ou les objets volés, ne sont punis que d'une peine inférieure, de la transportation s'il s'agit d'un meurtre, d'un emprisonnement de deux ans s'il s'agit d'un vol[2]. La loi pénale de l'État de New-York a à peu près conservé ces dispositions : les principaux au deuxième degré et les accessoires avant le fait sont punis comme les auteurs principaux au premier degré; les accessoires après le fait sont punis d'un emprisonnement qui ne peut excéder cinq ans, ou d'une amende qui ne peut excéder 500 dollars[3].

M. Livingston, dans le projet du code pénal de la Louisiane, sépare les auteurs principaux, les complices et les accessoires : il considère comme auteurs principaux ceux qui ont pris une part active quelconque à la consommation du crime; comme complices, ceux qui ont donné l'ordre ou la commission de le commettre, qui ont promis leur concours, qui ont encouragé son exécution par leurs paroles ou l'appât d'une récompense, qui ont préparé les armes ou les instruments nécessaires pour l'accomplir; enfin comme acces-

[1] Henry Stephen, Summary of the criminal law, p. 7 à 18; Blackstone, p. 14.

[2] *Ibid.*

[3] Revised statutes of New-York, tit. 7, art. 6.

soires, ceux qui, instruits de l'exécution d'un crime, recèlent les coupables ou leur donnent des secours. La même peine atteint les complices et les principaux coupables. Les accessoires seuls sont punis d'une peine légère : leur action, suivant l'expression de M. Livingston, si elle n'est pas absolument vertueuse, tient de trop près à la vertu pour mériter la qualification de crime; elle est exempte de toute peine lorsqu'elle est commise par l'époux ou les parents du coupable [1].

Le code du Brésil sépare également les auteurs et les complices : les premiers sont ceux qui commettent les crimes, ou qui contraignent un autre à les commettre, ou le lui ordonnent; les complices sont tous les autres individus qui concourent directement à leur exécution : les recéleurs sont considérés comme complices. Les complices sont punis des mêmes peines que les auteurs, moins un tiers de durée dans chaque degré; la peine de mort est commuée à leur égard en celle des galères perpétuelles, et cette dernière en vingt ans de galères ou de prison [2].

Nous retrouvons encore la même distinction dans le code pénal d'Autriche. La participation est directe ou indirecte : elle est directe dans celui qui a provoqué le crime, ou qui a prêté à son auteur aide et assistance dans l'exécution ; elle est indirecte de la part de celui qui, par un mandat, des conseils ou des instructions, ou son approbation, facilite le fait, ou donne occasion de le commettre, ou en procure les moyens. Ceux qui n'ont participé qu'indirectement au crime sont punis d'une peine inférieure. Le recélé et l'assistance donnée au délinquant sont des délits distincts qui sont également frappés d'une peine différente; toutefois ces sages distinctions cessent d'exister à l'égard des crimes de haute trahison : il suffit d'avoir eu connaissance d'un tel crime pour être considéré comme coauteur [3].

Enfin, le code prussien distingue les auteurs *immédiats* et les auteurs *secondaires* : les premiers sont ceux qui ont pris une part

[1] Code of crimes and punishments, art. 59, 65, 66, 68 et 70; report on that Code.

[2] Code criminel du Brésil, art. 4, 5, 6, 34 et 35.

[3] Code pénal général d'Autriche, art. 5, 6, 105, 106, 119, 120, 190.

immédiate à l'exécution du crime, ceux qui se servent d'un autre pour le consommer, ceux qui font un objet de lucre du recèlement des coupables ou de leur gain illicite; les auteurs secondaires sont ceux qui n'ont pas participé immédiatement à l'exécution, ceux qui, sans convention préalable, ont prêté assistance au moment de cette exécution, ceux qui ont donné des instructions ou des conseils pour le commettre, enfin ceux qui, après la consommation, en ont partagé les fruits sciemment et volontairement, mais sans convention préalable : ces derniers sont punis de la peine immédiatement inférieure à celle imposée au crime [1]. On trouve des dispositions analogues dans les art. 11 et suiv. du code espagnol et les art. 102 et suiv. du code sarde.

Nous ne suivrons pas plus loin cet aperçu des législations étrangères; il doit suffire pour démontrer que tous les législateurs ont plus ou moins essayé à introduire quelques différences entre les individus qui participent à l'exécution d'un crime. Remontons maintenant aux règles élémentaires de la matière, et tâchons de préciser les distinctions qu'il convient d'adopter ou de rejeter.

182. C'est une proposition que nous ne chercherons point à démontrer, que la culpabilité de tous ceux qui coopèrent à un même crime peut n'être pas la même. Dès qu'un crime est commis par suite d'un complot, d'une association, d'un plan concerté, il est évident que chacun des complices y prend une part plus ou moins active, suivant son caractère et la nature du rôle qu'il est appelé à y remplir : celui-là, qui manifeste le plus d'audace, se charge du poste le plus périlleux ; celui-ci, qui éprouve plus de repentir et d'hésitation, se contentera de veiller à la sûreté de ses associés ; un autre est entraîné sans comprendre la portée de son action ; un autre agit sous l'empire d'une provocation, d'une contrainte; un autre, enfin, a pu donner des instructions pour l'exécution, mais sans y assister : tous ont concouru à accomplir le même crime, mais tous révèlent à l'observateur attentif des nuances plus ou moins tranchées, des différences plus ou moins vives dans le caractère de leur participation.

[1] Code prussien, art. 64 à 84.

Nous avons déjà fait observer que le législateur n'est point astreint à apprécier la valeur morale de chacune de ces nuances, qu'il ne doit point une justice absolue, que les moyens dont il dispose sont incertains et limités, et que, dans le cercle même où elles sont enfermées, ses preuves restent souvent confuses et infructueuses. La mission de la loi doit se borner à remarquer les différences assez profondes pour entraîner des peines d'un degré différent; c'est aux juges qu'il appartient ensuite de descendre à une appréciation plus intime, et de distribuer inégalement, soit entre les auteurs principaux, soit entre les complices d'un même crime, la peine égale dont la loi a dû les frapper.

Il ne s'agit donc que de tracer les degrés principaux qui séparent les uns des autres les auteurs d'un crime; nous avons dit que la stricte justice réclamait une telle distinction, ajoutons qu'un grave intérêt social l'exige.

« Lorsque plusieurs hommes, a dit Beccaria, s'unissent pour affronter un péril commun, plus le danger sera grand, plus ils chercheront à le rendre égal pour tous. Si les lois punissent plus sérieusement les exécuteurs du crime que les simples complices, il sera plus difficile à ceux qui méditent un attentat de trouver parmi eux un homme qui veuille l'exécuter, parce que son risque sera plus grand en raison de la différence des peines [1]. »

Et en effet les complices forment avec les auteurs du délit une sorte d'association. Convient-il de rendre égales pour tous les chances de l'entreprise criminelle? On dirait, dans ce cas, ainsi que l'a remarqué M. Rossi [2], une loi suggérée par des malfaiteurs. L'intérêt de la justice est qu'il y ait des rôles principaux et des rôles secondaires : la distribution de ces rôles sera moins facile, les dissensions des associés plus fréquentes.

Et puis la répression est-elle plus assurée lorsque le législateur prononce une même peine contre tous les coopérateurs d'un crime?

[1] Des délits et des peines, éd. de 1856, p. 81.

[2] Traité du droit pénal, p. 28 et suiv.

N'est-il pas évident que l'injustice d'une telle assimilation a dû multiplier les acquittements, par l'hésitation des jurés à faire peser le niveau d'une peine égale sur des culpabilités si différentes? Dans une juste mesure à l'égard de l'un des coupables, cette peine est énorme vis-à-vis d'un complice, et c'est l'exagération des peines qui conduit à l'impunité.

183. Mais quelles distinctions, quels degrés admettre dans la complicité? Faut-il séparer, comme l'ont proposé quelques criminalistes, et pour les punir d'une peine inégale, la participation morale et la participation matérielle? Doit-on, avec le législateur de la Louisiane, discerner les auteurs principaux, les complices et les adhérents après le fait? Faut-il, comme les codes d'Autriche et de Prusse, distinguer une participation directe ou indirecte, immédiate ou secondaire? Doit-on enfin, comme la loi anglaise et celle de New-York, ne tracer qu'une seule distinction entre ceux qui ont coopéré au crime d'une manière quelconque, et ceux qui, après le crime commis, y ont participé par recélé ou autrement?

La distinction de la participation morale et matérielle ne paraît pas propre à devenir la base d'une différence dans la pénalité. Cependant quelques publicistes l'ont proposée; ils ont considéré la participation morale, même la plus directe, comme purement accessoire et secondaire [1].

Ils alléguèrent que l'inventeur d'un projet criminel, qui ne veut pas l'exécuter de ses propres mains, trouverait plus difficilement un agent pour cette exécution, si celui-ci savait qu'il va courir un danger plus grave que celui auquel l'instigateur s'expose. A cette raison politique, ils ajoutent que le rôle de l'agent qui, séduit par de l'or ou des promesses, se charge d'exécuter un crime, suppose le plus souvent une audace plus grande, une corruption plus éhontée, que celui de l'instigateur lui-même, qui peut agir sous l'empire des passions. A l'égard de celui-ci, la limite qui sépare le projet criminel du crime lui-même est incertaine et confuse : tout se borne à la déclaration

[1] Carmignani, Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 365 et suiv.

verbale qu'il a donnée. L'agent qui a accepté la commission devient aussi coupable pour cette seule adhésion, et cependant il n'est puni qu'à raison de ses actes d'exécution. Et puis il y a loin de la conception d'une entreprise à son exécution, de la parole à l'action : la parole est imprudente et légère; l'action ne la suit qu'à pas lents, et médite avant d'éclater. L'instigateur et l'agent ne devraient donc pas être réunis dans le même châtiment[1].

Cette opinion pourrait difficilement être adoptée. Comment établir une règle absolue pour punir, dans tous les cas, l'homme qui a conçu ou combiné le crime, d'une peine inférieure à celle de l'agent qui l'a exécuté? N'est-il pas plusieurs hypothèses où l'instigateur est plus coupable que ses complices? Imaginez un homme qui commande à un enfant de s'armer d'une torche incendiaire, ou qui compte de l'or à un meurtrier évadé d'un bagne pour commettre un nouveau meurtre; un père qui pousse son fils au crime; un vieillard qui excite les passions d'un jeune homme, et le dresse comme un instrument docile au forfait qu'il médite. Dans ces diverses hypothèses, la participation morale domine le crime; la culpabilité de l'instigateur est la plus grave. Or il suffit que ces deux sortes de participation ne soient pas, dans tous les cas, séparées par la même distance; il suffit que l'une ou l'autre puisse alternativement être considérée comme la plus grave, pour que cette distinction ne soit pas de nature à justifier un degré particulier dans l'échelle pénale.

184. Il faut remonter à un principe plus juste et plus vrai : la distinction d'une participation quelconque, *principale* et *secondaire*. La difficulté est dans la désignation des caractères de l'une et de l'autre participation.

On distingue, en général, trois sortes de coopération au crime : *avant* son exécution, *pendant* et *après* cette exécution.

Avant l'exécution, par commandement, par mandat, par instigation, provocation ou conseils, par concours dans les actes préparatoires du crime;

[1] Carmignani, *ibid.*, p. 374 à 376.

Pendant l'exécution, par aide et assistance données à l'exécution ;

Après l'exécution, par approbation, secours donnés au coupable, partage ou recélé des objets volés.

Nous allons parcourir ces divers modes de participation, afin d'attribuer à chacun d'eux le caractère de participation principale ou secondaire.

185. On participe à un crime par l'*ordre* ou le *commandement* de le commettre.

Il est évident que celui qui ordonne un crime doit être considéré comme auteur principal de ce crime, puisque, suivant l'expression des docteurs, il en est la *cause prochaine*[1]. Aussi, dans l'ancien droit, il était de principe que l'ordonnateur et l'exécuteur du même crime étaient punis de la même peine[2]. Toutefois la loi romaine faisait une distinction : si celui qui donnait l'ordre avait autorité sur l'agent, il était puni comme auteur ; s'il n'avait aucune autorité, l'exécuteur seul était atteint. *Actio legis Aquiliæ cum eo est qui jussit, si jus imperandi habuit; quòd si non habuit, cum eo agendum est qui fecit*[3]. Le commandement, en effet, suppose l'autorité et l'obéissance; si cette autorité n'existe pas, l'ordre n'a plus aucun poids, il cesse d'être la cause déterminante, *prochaine* du crime; sa criminalité disparaît avec sa puissance, ou du moins on ne doit plus le considérer que comme un mandat ou un conseil.

L'agent qui commet le crime en exécutant l'ordre qu'il a reçu doit-il être considéré comme *coauteur?* L'affirmative est évidente. « Tous délits sont personnels ; en crime il n'y a point de garant[4]. »

[1] On entendait par *cause prochaine* du crime, celle sans laquelle le crime n'eût pas été commis ; et par *cause éloignée*, celle qui n'a exercé qu'une influence secondaire sur la perpétration. Farinacius, quæst. 130, n°s 54 et 55 ; Julius Clarus, quæst. 90, n°s 1 et 2.

[2] *Voyez* Julius Clarus, quæst. 83 ; Farinacius, quæst. 135, n° 1 ; Coutume de Bretagne, art. 625 ; Ord. de Blois, art. 195 ; Ord. de 1670, tit. 16, art. 4.

[3] L. 37, Dig. ad leg. Aquil.

[4] Loisel, Inst. cout., t. 8, tit. 1, max. 8.

Cependant la loi romaine avait élevé une exception à cette maxime en faveur des enfants et des esclaves, *si vel domino vel his qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus, obtemperaverint*[1]. Dans ce cas l'exécuteur est regardé comme un instrument; c'est la crainte ou l'obéissance qui l'ont fait agir : *Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini.* Cette règle a été suivie par le code pénal, qui déclare, dans son article 64, qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. Nous renvoyons le développement de ce principe à notre chapitre 15, où nous examinerons la doctrine de l'obéissance passive.

186. On participe, en deuxième lieu, à un crime *par mandat*, en donnant des instructions pour le commettre, en faisant des dons ou des promesses pour déterminer l'agent. Le mandat diffère de l'ordre ou commandement en ce que le mandant n'a aucune autorité sur le mandataire; c'est par l'appât d'une récompense qu'il provoque le crime. Ce mode de participation suppose deux agents parfaitement libres, deux contractants qui stipulent spontanément une convention criminelle. Mais il est évident que l'existence de cette convention doit être clairement établie pour que des poursuites puissent être dirigées contre le mandant; car nous ne supposons pas, comme l'a fait M. Carmignani[2], que celui-ci puisse être inculpé sur une phrase imprudente ou équivoque. Il faut un consentement formel, il faut plus qu'un consentement : le mandat est une provocation directe au crime; il est nécessaire que cette provocation soit établie avec toutes les circonstances qui ont pu la rendre efficace. Ramenée à ces termes, la participation du mandant est-elle moins criminelle que celle de l'ordonnateur? A nos yeux elle est la même : l'un abuse de son autorité, l'autre se sert de moyens corrupteurs pour arriver au crime : tous les deux en sont également la cause; ils doivent être rangés parmi les auteurs.

[1] L. 157, Dig. de reg. juris.

[2] Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 331.

Mais doivent-ils subir la même peine que les exécuteurs? Nous avons reconnu tout à l'heure que la participation purement morale peut faire présumer en général moins d'audace et de corruption que l'exécution matérielle, et que l'ordre ou la commission de commettre un crime ne constitue en soi qu'un acte extérieur qui se confond même souvent avec le simple projet. Néanmoins nous pensons que la même responsabilité doit peser sur le provocateur et l'auteur matériel : si l'un a exécuté le crime, l'autre l'a conçu, l'a médité, a fait naître la résolution de l'exécuter ; il s'est servi de l'agent comme d'un instrument ; en lui donnant ses instructions, il s'est approprié ses actes, il en est responsable. L'intérêt social et la justice exigent que tous ceux dont la participation a été la cause déterminante du crime subissent la peine réservée à ce crime par la loi ; or, la provocation directe par ordre, mandat, dons ou promesses, quand elle a été suivie d'effet, rentre nécessairement dans cette catégorie [1].

Toutefois il est évident que la proposition du commettant, si elle n'est pas agréée, ne peut constituer qu'un acte préparatoire qui n'est pas de nature à faire l'objet d'une disposition pénale [2]. Si la proposition avait été agréée, et qu'elle fût ensuite révoquée, la solution est moins facile. Il faut distinguer si l'exécution du crime a été commencée, ou si elle ne l'a pas été; dans le dernier cas, aucune responsabilité ne doit peser sur le provocateur, puisque le crime n'existe pas encore : il n'est coupable que d'une provocation qui est restée sans effet. Dans la première hypothèse, on doit distinguer encore : si le mandataire a eu connaissance de la révocation, le lien de la complicité s'est brisé, il est réputé l'unique auteur du crime [3]; s'il ne l'a

[1] Si plures fecerint vel mandaverint, omnes tenebuntur. L. 8, C. ad leg. Jul. de vi publ. Si alius fecit, alius mandavit, ambo tenebuntur. L. 7, Dig. de juris, etc.

[2] Farinacius, quæst. 135, n° 74; contrà, Menochius, de arbitr. jud., casu 360, n° 44.

[3] Les docteurs pensent que, dans ce cas, le provocateur est passible d'une peine inférieure. Menochius, eod. loc.; Farinacius, quæst. 132, n° 6; Carrerius, Prax. criminalis, quæst. 352, n° 81; Covarruvias, in Element., part. 2, n° 2, vers. 6.

pas connue, le mandant demeure responsable du crime exécuté, car il en a été la cause volontaire; il doit s'imputer les retards qu'il a mis à faire connaître son changement de volonté [1]. Une question plus difficile est de savoir si le mandant est responsable des faits du mandataire, lorsque celui-ci a excédé les bornes du mandat. Ainsi, par exemple, un homme a donné commission de frapper une personne, et les coups ont produit la mort; un autre a donné la commission de commettre un vol simple, et ce vol a été exécuté avec des circonstances aggravantes : l'instigateur est-il tenu de toutes les conséquences de l'action criminelle ?

Jousse [2] et Muyart de Vouglans [3] ne le pensent pas. Lorsque le mandataire, disent ces criminalistes, vient à excéder les bornes du mandat, comme si, par exemple, il avait tué celui qu'on l'avait seulement chargé de battre, il devrait être puni avec plus de rigueur que le mandant, qu'on peut dire, dans ce cas, avoir moins procuré la cause que l'occasion de l'homicide. M. Legraverend n'admet pas cette distinction, et professe l'opinion que dans tous les cas le mandant est responsable du crime avec toutes ses circonstances [4].

Nous ne croyons pas qu'on puisse sérieusement soutenir que le mandant est toujours et complétement responsable du fait du mandataire; car, si celui-ci s'est entièrement écarté du mandat, soit dans le choix des moyens, soit dans l'objet du crime, comment imputer au mandant un fait qu'il n'a point voulu? Il nous semble qu'on doit reprendre une distinction proposée par les anciens jurisconsultes : si le mandant a pu prévoir l'événement, si cet événement était la suite probable de la commission qu'il donnait; par exemple, si cette commission avait pour objet de faire une blessure à quelqu'un, et que cette blessure se trouve mortelle, il doit répondre de ce résultat, il est coauteur du meurtre [5].

[1] Farinacius, quæst. 135, n° 183-185.
[2] Traité de justice crim., t. 1, p. 28.
[3] Lois crim., p. 14.
[4] Legraverend, t. 4, p. 137.
[5] Farinacius, quæst. 135, n° 168; Julius Clarus, quæst. 89, n° 5.

Mais si c'est un nouveau crime qu'il n'avait pas même imaginé, qui n'était nullement la conséquence naturelle du fait qu'il avait voulu commettre : comme si, par exemple, il avait chargé quelqu'un d'enlever une femme, et que celui-ci ait attenté à sa pudeur; de séquestrer une personne, et que l'exécuteur ait soumis cette personne à des tortures et lui ait ôté la vie; pourrait-on soutenir que le commettant peut devenir responsable de ces nouveaux faits, qu'il est coupable de viol ou d'assassinat? Sa complicité se borne évidemment au rapt et à la séquestration; les crimes postérieurs sont le fait personnel de l'agent, et l'on ne pourrait sans une flagrante injustice les lui attribuer.

Les jurisconsultes rangent, en général, dans la classe des auteurs principaux, ceux qui servent de médiateurs entre le mandant et le mandataire, en favorisant leur entrevue ou leur correspondance, en portant leurs lettres [1]. Cette décision est évidemment trop rigoureuse. Si ces agents ont connu le projet et y ont sciemment coopéré, cette coopération n'est cependant que secondaire, car elle n'a point été la cause déterminante et prochaine du crime.

187. On participe encore au crime par le *conseil* ou l'*exhortation* de le commettre. Grotius cite une ancienne loi d'Athènes qui punit de la même peine que l'auteur celui qui avait conseillé de commettre un crime [2]; plusieurs philosophes de l'antiquité regardaient même le conseiller comme plus coupable que l'auteur [3]. La loi romaine renferme sur ce point des textes contradictoires [4]; les docteurs ne punissaient le conseiller de la peine même du crime que dans le cas où le conseil avait été la cause principale de ce crime [5].

Il faut remarquer d'abord qu'il ne s'agit ici que de ceux qui n'emploient ni autorité, ni dons, ni promesses pour exciter à com-

[1] Farinacius, quæst. 132, n° 41; 135, n° 14; Jousse, t. 1, p. 26.

[2] De jure belli et pacis, l. 2, p. 112.

[3] Arist. Rhetor., lib. 1, cap. 7, p. 126.

[4] L. 1, C. si rector provinciæ, ex Instit. de oblig. quæ e delicto nasc., § 11.

[5] Julius Clarus, quæst. 88, n°s 1 et 2; Boerius, dec. 262; Farinacius, quæst. 129, n°s 1 et suiv.

mettre le crime : ***consilium dare videtur qui persuadet, impellit atque instruit*** [1]. De là cette distinction entre l'ordre ou le mandat et le conseil. Les premiers ont principalement pour but l'intérêt particulier de celui qui les donne, tandis que le conseil n'est censé avoir d'autre objet que l'intérêt de celui auquel il est donné : ***consilium respicit gratiam et utilitatem delinquentis, mandatum mandantis*** [2]. Carmignani critique cette distinction, parce qu'il lui paraît impossible qu'un individu puisse conseiller un crime sans y avoir un intérêt grave et personnel [3]; il assimile en conséquence le conseiller et le mandant. Mais il reste toujours cette différence énorme entre les deux agents, que le dernier se sert de moyens corrupteurs pour entraîner la coopération de l'exécuteur, tandis que l'autre n'emploie que la persuasion de sa parole.

M. Rossi [4], embrassant l'opinion proposée par les anciens jurisconsultes, et répétée par Muyart de Vouglans [5], ne considère le conseiller comme passible d'une peine que dans le cas où le conseil, d'ailleurs ***frauduleux*** [6], a été la ***cause*** ou l'une des causes de l'action criminelle ; mais alors aussi il le considère comme codélinquant.

Nous pensons également que le conseil et la suggestion qui n'ont exercé qu'une influence secondaire sur l'auteur du crime, qui n'ont point été l'une des causes déterminantes de l'action, ne doivent être frappés d'aucune peine. Mais dans le cas même où le conseil a été suivi d'effet, où il a pu déterminer l'action, l'auteur de ce conseil doit-il être considéré comme auteur principal du crime? Nous ne saurions l'admettre. Il existe une notable différence, aux yeux de la morale, entre celui qui à prix d'or achète le bras d'un assassin, ou l'arme en abusant de son autorité, et celui qui ne fait que suggérer l'idée d'un crime, ou qui y pousse par ses discours l'individu qui,

[1] L. 50, Dig. de furtis.
[2] Farinacius, quæst. 129, n° 8.
[3] Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 386.
[4] Traité du droit pénal, t. 3.
[5] Lois crim., p. 24.
[6] Consilii non fraudulentis nulla est obligatio, l. 47, Dig. de reg. juris.

tout en en nourrissant la pensée, hésitait à le commettre. Dans les deux premiers cas, la puissance du provocateur est immense : seul, pour ainsi dire, il commet le crime; l'agent n'est qu'un instrument entre ses mains. Dans la troisième hypothèse, au contraire, s'il suggère, s'il approuve le crime, il n'y précipite le coupable ni par de corruptrices promesses, ni par l'abus de son pouvoir. Son impulsion n'a point le même entraînement pour l'exécution du crime ; elle n'a point la même gravité dans le fond de la conscience. Il nous paraît donc que l'instigateur et le conseiller doivent être punis, si les conseils et les instigations ont été la cause du crime, mais punis d'une peine inférieure; qu'ils doivent même, dans ce cas, être considérés, non comme auteurs principaux, mais comme auteurs secondaires.

188. Les criminalistes distinguent encore une sorte de participation morale : c'est la participation négative de celui qui a connu le projet du crime, et qui ne l'a pas empêché ou ne l'a pas révélé. Toutefois ils n'hésitent pas à reconnaître que, dans le for intérieur, nul n'est obligé de révéler ou de prévenir le crime qui se prépare [1] ; mais ils établissent des exceptions à l'égard des crimes de lèse-majesté, et de ceux qui sont commis contre l'époux, le père ou le fils du prévenu [2] ; quelques-uns même ont voulu étendre cette exception au crime projeté contre un ami [3]. Cette règle avait passé dans notre ancienne législation : Louis XI punissait de mort celui qui avait négligé de révéler un complot [4] ; Louis XIV rangeait dans la classe des complices les spectateurs accidentels d'un duel [5]. Cette incrimination se retrouve encore dans plusieurs législations modernes appliquées aux matières politiques. Elle se fonde sur une erreur évidente. Il est visible en effet que la non-révélation ne peut constituer un acte de complicité; car l'inaction ou le silence n'aide ni ne provoque la

[1] Julius Clarus, quæst. 87, nos 1 et 3; Menochius, de arbitrar. jud., casu 355, no 7; Farinacius, quæst. 51, no 7.

[2] Boerius, dec. 262, no 9; l. 6, Dig. ad leg. Pomp. de parric.

[3] Farinacius, quæst. 51, no 40, et 134, no 91.

[4] Ord. de déc. 1477.

[5] Ed. d'août 1679, art. 17.

perpétration d'un crime. S'il y a délit, c'est un délit *sui generis.* Tel est aussi le caractère que le code de 1810 lui avait conféré. Les articles 103 et suivants de ce code incriminaient le fait de non-révélation, mais comme un fait distinct et non comme un fait de complicité. Mais ces articles ont été retranchés par la loi du 28 avril 1832, par le motif que les pénalités qu'ils portaient donnaient à un devoir de patriotisme les apparences d'une obligation de police.

Quant à l'acte de n'avoir pas empêché le crime, on distinguait, dans le droit romain, entre celui qui avait pu l'empêcher sans danger personnel, et celui qui n'aurait pu y mettre obstacle sans courir ce danger; le premier seul était puni : *Qui prohibere potuit, tenetur si non fecit* [1]*; nullum crimen patitur is qui non prohibet, cùm prohibere non potest* [2]. Ces distinctions peuvent avoir quelque valeur dans le for de la conscience; mais le législateur ne peut élever au rang des crimes l'inaction et la négligence : l'intention du crime est un élément de son existence.

189. Un mode de participation *avant le crime* est la participation qui se manifeste par *aide et assistance* dans les préparatifs. Les auteurs rangent dans cette catégorie les actes de ceux qui prêtent les armes, le poison, l'échelle, les instruments nécessaires pour commettre le crime, ou qui offrent leur maison pour l'exécution, ou qui indiquent la demeure de la victime, ou qui retiennent la personne menacée jusqu'à l'arrivée de l'auteur principal. Ces actes d'assistance suffisent, sans nul doute, pour faire réputer leurs auteurs complices; mais suffisent-ils pour les faire considérer comme des auteurs principaux? M. Rossi se prononce pour l'affirmative : il considère comme *codélinquants* tous ceux qui, par un fait matériel, quelconque, prêtent une aide pour l'exécution du crime [3]. Les an-

[1] L. 45, Dig. ad legem Aquiliam.

[2] L. 109, Dig. de reg. juris.

[3] Traité du droit pénal, t. 3, p. 23 à 68. C'était aussi la décision de Gaïus : « Qui ferramenta sciens commodaverit ad efficiendum ostium, vel armarium vel scalam sciens commodaverit, furti tenetur. » L. 54, § 4, Dig. de furtis.

ciens auteurs étaient moins absolus : ils distinguaient ceux dont l'assistance avait été la cause *prochaine* ou la cause *éloignée* du fait, et les premiers seuls étaient punis de la même peine que les auteurs; or les actes d'assistance que nous venons d'énumérer n'étaient point regardés comme une cause actuelle et déterminante du crime [1]. Et, en effet, il est évident que, sur le refus de cette assistance, les individus qui avaient résolu le crime se seraient procuré ailleurs d'autres armes, d'autres échelles, d'autres instruments. Il semblerait injuste de placer sur la même ligne le serrurier qui a fabriqué les fausses clefs et le voleur qui en a fait usage. Il y a là deux degrés bien distincts de criminalité : la justice doit mesurer deux peines.

190. Nous passons maintenant aux actes d'exécution. En général, les diverses législations s'accordent pour considérer comme coauteurs tous ceux qui ont coopéré à l'exécution du crime par un fait immédiat et direct [2]. M. Rossi ne fait lui-même aucune distinction dans cette classe de complices. Il range dans la même catégorie celui qui retient, celui qui égorge, celui qui soutient l'échelle, celui qui saisit l'objet du vol, celui qui force la serrure, celui qui pénètre dans la maison, celui qui, posté en sentinelle, surveille les approches, et enfin ceux qui, sans donner aucun secours, prêtent leur présence pour faire nombre et effrayer : tous sont coauteurs, les uns d'un meurtre, les autres d'un vol avec escalade et effraction. Nous croyons cependant que, même parmi les exécuteurs immédiats du crime, on peut trouver des degrés différents d'audace et de corruption, des nuances distinctes de criminalité.

C'est ainsi que les jurisconsultes ont successivement controversé la culpabilité, comme auteur principal, de celui qui fait le guet pendant l'exécution du crime [3], de celui qui garde les hardes ou les effets des auteurs dans le même temps [4], de celui qui surveille la

[1] Baldus, in l. 1, C. de nili agger.; Farinacius, quæst. 130, nos 8 à 53; Jul. Clarus, quæst. 9, n° 90.

[2] Voy. *suprà*, p. 380 et suiv.

[3] Jousse, t. 1, p. 28.

[4] Farinacius, quæst. 130, nos 61, 39 et 40.

voiture qui doit servir à la consommation du rapt, enfin de celui qui, présent à l'action, n'y a prêté cependant aucune assistance [1]. Ils faisaient en faveur de ces différents complices exception à la règle générale, et émettaient l'avis qu'une peine secondaire et même légère pourrait suffire à la répression de ces actes.

Et comment, en effet, penser que les huit ou dix complices qui prennent part à un assassinat ou à un vol à main armée soient tous également coupables, criminels au même degré; que les rôles qui se distribuent dans ce drame du crime exigent une hardiesse égale, une même énergie? La conscience n'aperçoit-elle pas quelque intervalle entre le meurtrier qui trempe ses mains dans le sang, et l'individu qui, repoussant cette horrible commission, se borne à une participation indirecte, moins peut-être pour commettre le crime que pour veiller à la sûreté des hommes auxquels le sort l'a lié? Ces hommes, soit par leur audace, soit par leur corruption, menacent-ils donc la société du même péril? lui doivent-ils la même expiation?

191. Nous ne présentons point comme exemples d'une participation secondaire, dans un sens absolu, ces espèces citées par les criminalistes, du complice qui fait le guet, qui garde les effets, qui attend avec une voiture ou des chevaux. Il est évident que ces actes de participation cesseraient d'être secondaires, s'ils avaient été non choisis, mais imposés par les complices, si ces divers postes avaient d'ailleurs un péril égal aux postes principaux. Mais il suffit en général qu'un seul des actes de la participation matérielle à l'action du crime ne soit pas empreint du même degré de criminalité, pour détruire l'assimilation absolue de tous les actes que les criminalistes les plus distingués ont posée en règle. Aussi nous n'avons pas compris comment ces criminalistes, après avoir rappelé cette observation de Beccaria, qui veut des échelons divers dans les peines, afin que les complices ne soient pas également compromis et qu'ils hésitent à se charger des premiers rôles, n'aient ensuite établi qu'une seule classe de coupables, parmi tous ceux qui, d'une manière quelconque, ont

[1] Muyart de Vouglans, n° 8; Jousse, t. 1, p. 24.

coopéré à l'action[1]; n'est-ce pas méconnaître une théorie qu'ils avaient eux-mêmes préconisée?

S'ensuit-il qu'il faille analyser un à un tous les actes de la participation à l'exécution du crime, pour discerner les nuances qui peuvent les séparer? Une telle analyse serait impossible, et donnerait lieu à des erreurs plus injustes que l'injustice même du principe que nous repoussons. Le législateur doit se borner à distinguer, dans deux catégories, les actes de coopération et les actes d'assistance, en énumérant les caractères principaux de ces actes : tous les faits viendront naturellement se grouper dans l'une et l'autre de ces classes.

192. Nous arrivons aux faits de complicité qui sont postérieurs à l'exécution du crime : ces faits consistent dans les secours ou l'asile donnés aux coupables, dans le recel des instruments ou des objets volés, dans le partage de ces objets, dans le recel du cadavre de la victime, enfin dans l'approbation ou la ratification donnée à l'action.

Les secours donnés au coupable, avec la connaissance de son crime, ne peuvent être inculpés par la loi. On peut répéter avec la loi romaine : *Furtum non committit qui fugitivo iter monstravit*[2]. Mais l'asile qui lui est offert a un caractère différent, car il a pour but de dérober un malfaiteur au glaive de la justice sociale. Ce recel peut-il constituer un acte de complicité? La loi romaine n'admettait aucun doute à cet égard : *Eos qui secum alieni criminis reos occultando eum eamve associârunt, par ipsos et reos pœna expectat*[3]. Or on voyait dans le recel la présomption d'une association antérieure, et c'est cette association que l'on frappait. Les docteurs pensaient que la peine devait être moindre, si l'association n'était pas postérieure à l'exécution[4] : mais la participation, soit

[1] M. Rossi, Traité du droit pénal, t. 3, p. 50.

[2] L. 62, Dig. de furtis.

[3] L. 1, C. de his qui latron.

[4] Paul de Castro et Baldus, in. l. furtum, § 3, de furtis; Barthole, *ibid.*; Farinacius, quæst. 132, nos 75 et suiv.; Jul. Clarus, quæst. 90, no 9.

principale, soit même accessoire, suppose des actes qui précèdent ou accompagnent l'action et qui en font partie. Sans doute on peut se rendre coupable de faits postérieurs à un fait consommé, et qui s'y rattachent d'une manière plus ou moins directe; mais ces faits ne constituent pas une participation à ce crime, et ne peuvent dès lors être punis comme des actes de complicité : telle est aussi la théorie consacrée dans les articles 248 et 259 du code pénal. M. Livingston n'a fait que suivre le code lorsqu'il n'a puni les recéleurs que d'une peine légère dans son code de la Louisiane, et même quand il a ajouté que cette infraction, commise à l'égard d'un parent, pouvait être un acte de vertu. Une exception a toutefois été placée par notre code à l'égard de ceux qui recèlent *habituellement* les malfaiteurs (article 61), mais c'est parce que cette habitude fait présumer une association criminelle antérieure au délit.

La même règle s'applique au recel ou partage des objets volés : c'est un fait nouveau, un délit distinct, mais ce n'est pas un acte de complicité, car la complicité suppose nécessairement une participation quelconque au crime; or on ne peut participer à un crime qui est consommé. Le recéleur n'a qu'un but, c'est de tirer profit du crime; mais, quand ce crime est devenu un fait accompli, comment le déclarer complice d'un meurtre par cela seul qu'au moment du recel il a su que les objets recélés étaient le fruit de ce meurtre? « Un homme, a dit M. Rossi, un homme puni comme complice de meurtre parce qu'il en est informé! Complice de meurtre, parce que dans sa cupidité il profite d'un crime qu'il n'est plus en son pouvoir d'empêcher ni de défaire! La fiction est forte surtout lorsqu'on veut s'en servir pour envoyer un homme à l'échafaud. » Nous reviendrons tout à l'heure sur cette doctrine en expliquant les dispositions du code pénal; posons maintenant en principe que le recéleur d'une chose volée peut être un voleur, mais ne peut être considéré comme un assassin par cela seul que le vol a été accompagné d'assassinat; le recel fait sciemment doit donc être puni, mais d'une peine inférieure et comme un délit distinct du crime [1].

[1] *Voyez*, dans le même sens, Carnot, sur l'art. 63, n° 6; Rossi, t. 3, p. 52; M. Haus, p. 200.

Un dernier acte également réputé dans quelques législations constitutif de la complicité, mais purement moral, est l'approbation donnée au crime. Les jurisconsultes ont beaucoup disserté à ce sujet; ils étaient dominés par cet axiome de la loi romaine: *In maleficio ratihabitio mandato comparatur*; d'où l'on déduisait la conséquence que la ratification était un acte de complicité comme l'ordre et le mandat. Quelques-uns cependant avaient limité l'application de cette règle au seul cas où le crime avait été commis par l'ordre ou d'après la commission de celui qui ratifiait [1]; cette doctrine, plus spécieuse que solide, a été facilement combattue par M. Rossi [2] et M. Carmignani [3]. La loi romaine ne s'appliquait évidemment qu'aux intérêts civils, qu'à l'action en dédommagement au profit de la partie lésée; mais, transportée hors de ces limites, la règle qu'elle pose serait d'une injustice évidente. Sans doute la ratification pourrait être incriminée, si elle était accompagnée d'une récompense accordée au coupable, si elle contenait la preuve d'un ordre ou d'un mandat précédent donné pour commettre le crime; mais, considéré en soi-même, cet acte ne peut constituer un acte de complicité, car il est étranger à la résolution et à l'exécution du crime. L'auteur de la ratification peut être taxé d'immoralité, mais on ne peut par une fiction étrange le faire coopérer aujourd'hui à un fait consommé hier. Enfin, on peut approuver un fait irrévocable, on peut en profiter, et toutefois on eût reculé peut-être devant l'idée de commettre ce fait au moment de son exécution. L'approbation ou la ratification ne peuvent donc, dans aucun cas, faire considérer leur auteur comme complice du crime.

193. Nous avons achevé de parcourir les principales espèces de participation au crime. En résumant les considérations qui précèdent, nous formulerons le système que nous avons essayé d'exposer.

Une justice rigoureuse exigerait que les divers coopérateurs d'un crime pussent être distribués en de nombreuses classifications, sui-

[1] Farinacius, quæst. 235, nos 43 et 51; Julius Clarus, quæst. 87, no 5; Covarruvias, in Elementis, cap. si furiosus, part. 2, § 1, no 5.

[2] Loc. cit.

[3] Teoria delle leggi della sicurezza, t. 2.

vant toutes les nuances qui modifient leur culpabilité; quelques criminalistes ont essayé cette division, et nous avons vu plusieurs législateurs former trois ou quatre catégories parmi les mêmes accusés. Mais ces distinctions, lorsqu'elles se multiplient, soit par des définitions qu'elles nécessitent, soit par la difficulté de saisir les différences qui les séparent, peuvent empreindre la loi de confusion et d'obscurité.

Il suffirait, suivant nous, de reconnaître que toute participation, qu'elle soit antérieure ou concomitante au fait, morale ou matérielle, est de deux espèces, *principale* et *secondaire*. Les coupables par participation *principale* seraient les auteurs; les coupables par participation *secondaire*, les complices. Les premiers seraient ceux qui auraient été la cause ou l'une des causes du crime; les autres seraient ceux qui lui auraient prêté leur aide ou leur assistance, mais sans que leur concours en eût déterminé l'exécution.

On devrait considérer comme auteurs principaux ou coauteurs :

Ceux qui donnent l'ordre d'exécuter le crime à des personnes qui sont soumises à leur autorité;

Ceux qui, à l'aide de dons, de promesses ou de menaces, provoquent une autre personne à le commettre;

Enfin, ceux qui participent d'une manière directe et immédiate à son exécution.

On devrait considérer comme complices :

Ceux qui provoquent au crime, mais sans employer les dons, les promesses et les menaces;

Ceux qui ont préparé les armes et les instruments nécessaires pour le commettre, sans participer à son exécution;

Ceux même qui participent à cette exécution, mais d'une manière indirecte ou accessoire.

Enfin, on devrait considérer, non comme complices, mais comme coupables d'un fait nouveau, d'un crime distinct :

Ceux qui donnent asile aux coupables;

Ceux qui sciemment recèlent ou partagent les objets volés.

Ces distinctions simples semblent suffisantes pour constater les

principales nuances de criminalité qui se trouvent entre les divers coupables d'un crime. Les coauteurs seuls seraient punis de la peine infligée par la loi au crime; les complices subiraient la peine immédiatement inférieure; enfin, les adhérents après le crime, c'est-à-dire les recéleurs, seraient passibles d'une peine distincte, celle du vol, s'il s'agit du recel d'objets volés. Ainsi la mesure de la peine serait en rapport avec la gravité du crime, et cette gravité dépendrait de la culpabilité de l'agent et du mal causé par le délit.

A la vérité, les différences qui se révéleraient soit parmi les coauteurs, soit parmi les complices, soit parmi les divers recéleurs d'un même vol, échapperaient à cette distinction : la même peine pèserait sur chacune de ces trois classes de coupables; mais cette injustice apparente disparaîtrait dans l'application du système des circonstances atténuantes. Ce système, admirable quand il se renferme dans la sphère qui appartient au jury, peut seul compléter la justice distributive en égalisant les peines d'après les inégalités nécessaires du crime; inhabile à tracer les grandes catégories de la criminalité, parce que son exercice est capricieux et sans règle, il sait merveilleusement, au contraire, discerner et saisir les nuances qui éclatent dans tous les criminels de la même classe, parce que la décision se puise alors dans le fait lui-même, et non dans les motifs que le législateur peut seul comprendre et apprécier.

Telles sont les règles qui doivent résumer, suivant nous, la théorie de la complicité. C'est à l'aide de ces premiers principes que nous allons examiner maintenant le système et les dispositions de notre code pénal.

§ II.

Système du code.

194. Le code pénal distingue les auteurs et les complices; mais cette distinction, purement théorique, puisque les uns et les autres sont confondus dans le même châtiment, est peu importante dans la pratique.

L'article 59 est ainsi conçu : « Les *complices* d'un crime ou d'un délit seront punis *de la même peine* que les *auteurs mêmes* de ce crime ou de ce délit... »

Tout le système du code est dans cet article : c'est le niveau d'un même châtiment à l'égard de tous ceux qui ont coopéré au crime, quelle que soit la part de chacun d'eux, et soit qu'ils aient provoqué ce crime, soit qu'ils l'aient exécuté, soit qu'ils se soient bornés à en faciliter l'exécution ou à en recéler les produits. Ce principe d'uniformité, qu'aucune législation n'a admis avec autant de rigueur, domine le code; mais telle est l'injustice de cette disposition, que l'interprétation n'a pas craint de lutter contre ses termes, pour leur imposer quelques distinctions pleines d'humanité. Nous les examinerons tout à l'heure en parcourant les décisions de la jurisprudence; bornons-nous à constater ici la règle générale et dominante, l'application d'une peine égale. M. Target disait, en résumant les principes du projet du code : « Tous ceux qui ont participé au crime par provocation ou par complicité, méritent les mêmes peines que les auteurs ou coopérateurs. Quand la peine serait portée à la plus grande rigueur par l'effet des circonstances aggravantes, il paraît juste que cet accroissement de sévérité frappe tous ceux qui, ayant préparé, aidé ou favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements, et ont consenti à toutes les suites du crime [1]. »

Toutefois cette règle, quelle qu'en soit l'étendue, a des exceptions; l'article 59 en signale lui-même quelques-unes, en ajoutant : « Sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement. »

L'orateur du gouvernement s'exprimait sur ce point en ces termes : « Presque toutes les parties du code pénal indiquent des cas de cette espèce, et portent des dispositions pénales dont les nuances et les différences attestent qu'il est reconnu en principe que les peines à infliger aux complices peuvent n'être pas semblables. Ces exemples

[1] Observations sur le projet de code criminel, par M. Target; Locré, t. 29, p. 32.

réunis à la disposition de l'article 59 suffisent pour prouver que la loi nouvelle contient une grande amélioration sur ce point [1]. »

Les cas où la loi n'a pas frappé de la même peine les auteurs et les complices sont énumérés dans les articles 63, 67, 100, 102, 107, 108, 114, 116, 138, 144, 190, 213, 267, 268, 284, 285, 288, 293, 415, 438 et 441 du code pénal.

195. L'article 60 considère comme complices ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à une action qualifiée crime ou délit, ou donné des instructions pour la commettre.

L'exposé des motifs porte : « A l'énumération du code de 1791, l'article 60 du projet ajoute *les abus d'autorité et de pouvoir*, *les machinations et artifices coupables*, dont les effets sont aussi dangereux que le concours personnel des agents directs du crime. Le mot *ordres*, inséré dans la loi de 1791, ne comprend point suffisamment les abus d'autorité et de pouvoir; ceux-ci peuvent avoir lieu sans émaner d'ordres précis, et être colorés sous des prétextes spécieux dont il est possible de parvenir à découvrir et punir la connexité avec le crime commis. Il en est de même des machinations et artifices coupables, trop indirectement compris dans la classe des faits par lesquels l'exécution a été préparée et facilitée. Il est des combinaisons si éloignées, des machinations si compliquées, l'art et l'astuce ont tant de moyens de voiler leur action, que des juges et des jurés, quoique convaincus de leur existence, ne se permettraient pas de les prendre en considération, si la loi ne leur en fait un devoir spécial [2]. »

Nous avons rangé nous-mêmes les provocateurs parmi les auteurs principaux du crime; ce sont eux qui en ont conçu la pensée, ce sont eux qui en dirigent l'exécution, qui donnent l'impulsion criminelle. Lorsque cette impulsion n'est point restée stérile, lorsqu'elle a été assez puissante pour entraîner la perpétration, le provocateur doit

[1] et [2] Exposé des motifs, par M. Riboud; Locré, t. 29, p. 273.

être considéré comme un agent immédiat de l'action, comme un coauteur. Cette classification du code paraît donc à l'abri de toute critique. Toutefois la dernière disposition, relative aux instructions données pour commettre le crime, a soulevé quelques difficultés que nous examinerons plus loin.

Le code range dans la même catégorie : ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir. Or il est évident, et nous l'avons suffisamment établi plus haut, que le fait de fournir les instruments du crime ne peut constituer qu'une complicité secondaire. Il est impossible de ne pas apercevoir un degré bien tranché entre l'agent qui provoque ou exécute l'action criminelle, et celui qui, sans y participer personnellement, fournit les instruments nécessaires pour la commettre; celui-ci n'est point la cause immédiate du crime, il n'y coopère que d'une manière indirecte : la loi qui le rend responsable de l'action au même degré que les auteurs principaux est donc injuste, puisque, dans l'un et l'autre cas, la participation ne suppose pas la même immoralité, et ne menace pas l'ordre social du même péril; elle est impolitique, puisqu'en frappant tous les agents du crime, même les plus secondaires, d'une peine égale, elle tend à multiplier les auteurs principaux, c'est-à-dire les agents les plus dangereux pour la société.

Ces réflexions s'appliquent encore au paragraphe suivant du même article, qui classe également parmi les complices : « ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée. » Une profonde distance existe, et nous l'avons signalée plus haut, entre les actes qui préparent ou facilitent l'action et ceux qui aident à sa consommation : les premiers ne constituent qu'une participation indirecte; les autres doivent, en général et sauf quelques exceptions, être classés dans la catégorie des actes principaux. Nous n'insisterons pas sur cette distinction, qui a été développée dans le premier paragraphe de ce chapitre; il suffit de

démontrer que le code a confondu dans une même disposition deux degrés distincts de criminalité.

196. Enfin, l'article 60 ajoute : « sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis. »

Cette disposition, en posant une exception au droit commun, établit implicitement une règle générale : c'est que la provocation même directe à un crime n'est incriminée qu'autant qu'elle a été suivie d'effet. L'exception regarde les matières politiques; en ces matières, la provocation est punie, encore qu'elle n'ait produit aucun effet. Mais, alors même, le provocateur n'est point considéré comme complice; c'est un délit distinct, c'est une peine inférieure. Cette importante distinction, empruntée au code pénal, a été reproduite dans la législation de la presse : consacrée par les articles 1 et 2 de la loi du 17 mai 1819, [[elle a été appliquée à la provocation non suivie d'effet aux crimes prévus par les articles 86 et 87 du code pénal : l'art. 1er de la loi du 9 septembre 1835, qui punissait cette sorte de provocation, abrogé par le décret du 6 mars 1848, a été reproduit par l'art. 1er de la loi du 27 février 1858, qui est ainsi conçu : « Est puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et d'une amende de 500 à 1,000 fr., tout individu qui a provoqué publiquement d'une manière quelconque aux crimes prévus par les articles 86 et 87 du code pénal, lorsque cette provocation n'a pas été suivie d'effet. » Il y a toutefois cette différence entre cette disposition et celle qui l'avait précédée, que celle-ci ne limite, comme l'avait fait la première et comme l'a fait depuis l'art. 2 de la loi du 27 juillet 1849, ni les moyens de provocation, ni les moyens de publicité.]]

197. Le code n'a pas borné à ces classes la catégorie des complices. L'article 61 est ainsi conçu : « Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes

ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices. »

Il est nécessaire de se reporter aux motifs de cette disposition. « L'article 61, a dit l'orateur du gouvernement, remplira une lacune importante ; désormais la classe dangereuse des individus dont l'habitation sert d'asile à des malfaiteurs, et qui leur fournissent habituellement logement, retraite ou point de réunion, sera assimilée aux complices. Si les malfaiteurs épars ne trouvaient point ces repaires où ils se rassemblent, se cachent, concertent leurs crimes, en déposent les fruits, la formation de leurs bandes et leurs associations seraient plus difficiles ou plus promptement découvertes : on ne peut les recevoir habituellement sans connaître leurs projets et leur conduite et sans y participer. »

Cette incrimination nous paraît fondée. En général, les actes postérieurs au crime ne peuvent être considérés comme des actes de participation, puisqu'on ne peut participer à un fait consommé. Mais il en est autrement si ces actes ont été concertés avant l'exécution ; car ce concert, formé entre les auteurs du crime et leurs adhérents, facilite l'exécution, en assurant à ceux-là un refuge contre les recherches de la justice, et un dépôt pour placer le fruit de leur crime. Or ce concert se forme, par le fait même, entre les malfaiteurs et ceux qui *habituellement* leur fournissent le logement ou recèlent les objets volés ; car cette habitude est un lien, une sorte de contrat sur lequel les malfaiteurs comptent à l'avance, et qui les engage à l'exécution de leurs projets criminels. Mais il faut bien remarquer que ce n'est pas le recèlement, mais *l'habitude* de recéler qui constitue la complicité.

C'est par une conséquence de ce principe que le code n'a considéré que comme des délits spéciaux, qui ne sont punissables que d'une peine correctionnelle, ceux qui ont recélé des personnes qu'ils savent avoir commis des crimes (art. 248), et ceux qui ont recélé ou caché le cadavre d'une personne homicidée (art. 359) ; ce ne sont point là, en effet, des actes de participation, mais des délits distincts. Toute

participation suppose des actes qui précèdent ou qui accompagnent l'action principale, ou qui en font partie.

198. L'article 62 renferme une exception à ce principe :

« Ceux qui sciemment auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit. »

Il est évident qu'il faut faire ici la même distinction qu'à l'égard du recel des malfaiteurs. En général, il n'y a complicité, on le répète encore, qu'autant qu'il y a coopération immédiate et directe à l'exécution du crime, ou assistance prêtée pour cette exécution, telle que sans cette assistance le crime n'aurait pas été commis : or un fait postérieur au délit ne peut établir la complicité, puisqu'il est impossible de prendre une part quelconque à un fait déjà consommé; ainsi les secours donnés au coupable, le recèlement des objets enlevés à l'aide du crime, ne sont point des actes de complicité. Ces actes peuvent avoir une criminalité réelle, mais elle diffère totalement de celle du délit commis antérieurement [1]. Cependant il nous semble que, de même qu'à l'égard des recéleurs des coupables, il faut établir une exception pour le cas où il y a habitude, métier de recèlement; car cette habitude fait présumer un concert préexistant au crime entre les malfaiteurs et les recéleurs, et cette connivence, qui peut avoir facilité et même décidé l'exécution du vol, est un mode de participation qui peut constituer l'acte de complicité.

Au reste, le recélé défini par l'article 62 ne s'applique pas seulement aux effets qui proviennent d'un vol; le législateur a voulu effacer la limite tracée à cet égard par l'article 3, titre 3 du code de 1791, en substituant aux expressions de cet article des termes généraux qui pussent embrasser tous les cas. « On enveloppe, disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs, tout ce qui est

[1] Carnot, sur l'art. 63, n° 6; M. Rossi, t. 3, p. 44; M. Haus, t. 1, p. 198, professent la même opinion.

compris dans la loi de 1791 ; on élague ce qui est vague, et l'on dit beaucoup plus, puisque l'on exprime tout ce qui peut avoir été détourné ou obtenu à l'aide d'un crime ou délit quelconque. »

Néanmoins, à côté de la règle qui déclare complices tous les recéleurs de choses enlevées à l'aide d'un crime, la loi a placé l'exception : le législateur a été effrayé des conséquences de cette fiction, lorsque la peine principale doit être la peine de mort ou une peine perpétuelle. L'article 63, dont la loi du 28 avril 1832 a encore adouci les dispositions, est ainsi conçu : « Néanmoins la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée, à l'égard des recéleurs, par celle des travaux forcés à perpétuité. Dans tous les cas, les peines des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne pourront être prononcées contre les recéleurs qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de mort, des travaux forcés à perpétuité et de la déportation; sinon ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps. »

Ainsi la loi distingue les cas où le principe de la complicité n'est point applicable aux recéleurs; elle établit une différence positive entre la peine de recélé *sciemment* fait, mais sans connaissance des circonstances aggravantes qui ont accompagné le vol, et celle du recélé qui a eu lieu avec cette connaissance. Ce n'est que dans ce dernier cas que le recéleur adhère aux aggravations du crime et de la peine; et toutefois, dans cette dernière hypothèse même, la peine des travaux forcés à perpétuité est substituée, dans tous les cas, à la peine de mort

Mais cette atténuation seule indique que le législateur, tout en rangeant les recéleurs parmi les complices, ne leur reconnaît pas la même criminalité qu'aux auteurs du crime; en les classant dans une catégorie distincte, il n'eût donc fait que développer cette pensée. Ensuite, ce qui est vrai pour le cas où l'auteur principal encourt la peine de mort ou une peine perpétuelle, est vrai pour tous les autres cas : c'est que le recéleur qui n'avait pas connaissance, au moment

du recélé, des circonstances aggravantes dont le vol avait été accompagné, n'est pas aussi coupable que si ces circonstances avaient été connues de lui; on ne doit le considérer que comme recéleur d'objets provenant d'un vol simple. Et qu'importe que la peine principale soit perpétuelle ou temporaire? L'injustice de l'application de cette peine aux recéleurs ne provient pas de ce qu'elle est perpétuelle, mais de ce que la criminalité des recéleurs est moins grave que celle des auteurs principaux; la peine qu'ils encourent devrait donc être inférieure dans tous les cas, soit que la peine principale fût celle des travaux forcés à perpétuité, soit celle des travaux à temps ou de la reclusion.

199. Le système du code pénal se résume donc dans une règle générale et uniforme : c'est la réunion de tous les participants à un même crime dans un même châtiment. S'il distingue les auteurs principaux et les complices, cette distinction n'a aucune influence sur la pénalité. Cependant cette règle n'est point absolue, plusieurs exceptions y ont été admises; le recélé en offre un premier exemple : la peine fléchit à l'égard des recéleurs, bien qu'ils soient réputés complices par une fiction de la loi, lorsque cette peine est capitale ou même perpétuelle. Il est à regretter que cette exception ne soit pas descendue jusqu'aux peines temporaires. Du reste, une classification assez nette, en général, des différentes catégories des complices, tempère la sévérité du principe, en définissant les caractères principaux de la complicité, et en posant quelques sages limites aux incriminations

Nous allons examiner maintenant l'application que ces diverses dispositions ont reçue dans la pratique.

§ III.

Application des dispositions du code.

200. Le code n'a point essayé de définir la complicité; mais doit-on lui en faire un reproche? Il est rare qu'une définition, quelque

précise qu'on la suppose, ne se prête pas à des interprétations qui l'entraînent hors de ses termes; l'énumération qu'il a faite des différentes classes des complices, quoique défectueuse dans quelques parties, est la définition la plus claire est la plus simple de la complicité. C'est dans ces dispositions, où sont tracés les caractères constitutifs de chaque acte de complicité, qu'il faut découvrir les règles générales qui planent sur cette matière; nous allons successivement les établir et en développer les conséquences.

Nous nous occuperons d'abord de la complicité par provocation, aide ou assistance, qui fait l'objet de l'article 60. Trois règles principales nous semblent dominer l'application de cet article.

La première de ces règles est que les dispositions de la loi qui déterminent les circonstances constitutives de la complicité sont essentiellement limitatives. Cette règle est évidente par elle-même, car elle dérive de cette maxime, qu'en matière pénale on ne peut admettre aucune analogie. Elle résulte d'ailleurs du texte même de l'art. 60, qui ne procède point par voie démonstrative, mais bien d'une manière restrictive. Les circonstances qu'il énumère sont caractéristiques de la complicité, élémentaires du crime; et la cour de cassation a toujours été fidèle à ce principe, en déclarant, par plusieurs arrêts, que la complicité est un fait moral qui ne peut se constituer que par les faits positifs et matériels que le code pénal a déterminés[1].

De là plusieurs corollaires; le plus immédiat, c'est que tous les actes qui ne rentrent pas essentiellement dans les termes précis de la loi pénale ne sont point des actes de complicité. Nous en citerons plusieurs exemples.

Ainsi le simple conseil donné à un individu de commettre un crime doit-il avoir ce caractère? Nous n'avons point à reprendre ici la discussion théorique à laquelle nous nous sommes livrés à ce sujet. Le code pénal n'a point rangé *les conseils* parmi les actes de complicité. Soit que le législateur ait craint que cet acte ne laissât des traces

[1] Cass. 2 juillet 1813, Bull. nº 146; 28 juin 1816, Bull. nº 36; 5 fév. 1824, Bull. nº 21.

trop fugitives, ou qu'il ne fût facile de le confondre avec des paroles irréfléchies, il n'en a pas fait mention : dès lors nulle interprétation ne peut suppléer à ce silence; et cet acte, quelque immoral qu'il puisse paraître, demeure à l'abri des poursuites. Ce point a été consacré par la jurisprudence [1].

La même solution s'appliquerait à la simple provocation de commettre un crime, lorsque cette provocation n'a point été faite par dons, promesses, menaces ou abus d'autorité. Car, ainsi que l'a reconnu encore la cour de cassation, « une simple provocation sans aucune des circonstances déterminées par la loi pour caractériser la complicité, ne suffit pas pour autoriser l'application des peines portées contre l'auteur du crime, et une pareille provocation n'est qualifiée crime ou délit par aucune loi [2]. »

A plus forte raison, celui qui, sans avoir provoqué ni aidé le coupable à commettre le crime, a seulement facilité sa fuite par des moyens quelconques [3]; celui qui, présent à l'action criminelle, mais sans y participer, ne l'a toutefois point empêchée [4], ne sont point des complices; car, dans le premier cas, les secours donnés au coupable ne sont point des actes de complicité; et, en second lieu, « la complicité, ainsi que l'a déclaré la cour de cassation, ne peut s'établir que sur des faits positifs, et non sur des faits négatifs. »

Enfin, il faut reconnaître avec la même cour qu'on ne peut poursuivre comme complices, soit le maître d'un café où des violences ont été exercées, et par cela seul qu'il ne les a pas dénoncées [5], soit le commis ou l'associé d'un accusé de banqueroute frauduleuse ou de faux, en raison de leur seule qualité [6], soit enfin l'individu qui, pré-

[1] Cass. 24 nov. 1809, Bull. n° 179.

[2] Cass. 3 sept. 1812, Bull. n° 200. *Voyez* toutefois les lois des 17 mai 1819, 9 sept. 1835, et 27 fév. 1858.

[3] Cass. 29 prair. an V, Jurisp. gén., t. 3, p. 619.

[4] Cass. 29 janv. 1807, Dalloz, t. 3, p. 619; 30 nov. 1810 et 13 mars 1812, Dall., t. 3, p. 612.

[5] Cass. 14 déc. 1809, Jurispr. gén., t. 3, p. 613.

[6] Cass. 11 fruct. an XIII, Bull. n° 197.

sent au vol qu'il avait conseillé de commettre, mais sans y participer, a offert d'acheter la chose volée [1]. Toutes ces décisions ne sont que des applications du même principe.

201. Une seconde conséquence de notre première règle est qu'il est indispensable que les circonstances constitutives de la complicité, telles que l'article 60 les a déterminées, soient déclarées par le jury ; car, sans cette déclaration, la loi, qui a voulu restreindre dans cet article les faits élémentaires de cette complicité, serait incessamment éludée.

La jurisprudence, en général, s'est conformée à ce principe ; ainsi la cour de cassation a jugé que la déclaration complexe que l'accusé est *coupable de complicité du fait énoncé dans la question*, ne remplit pas le vœu de la loi [2]. Il est nécessaire que les faits d'où la complicité dérive soient précisés dans les questions soumises au jury et dans les réponses du jury. Il faut même, suivant quelques arrêts, que les faits qui révèlent l'intention criminelle soient rappelés dans ces questions [3].

Cependant, et par une contradiction manifeste, la même cour a décidé qu'il suffit que les caractères constitutifs de la complicité soient énoncés dans le résumé de l'acte d'accusation, et que, dans ce cas, la déclaration du jury que l'accusé est coupable de complicité du fait déclaré contre l'auteur principal, peut motiver une juste application de la peine [4]. Cette décision, isolée d'ailleurs dans la jurisprudence,

[1] Cass. 29 janv. 1807, Jurisp. gén., t. 3, p. 609.

[2] Cass. 2 juill. 1813, Sir. 13. 1. 298; 3 mars 1814, Sir. 14. 1. 113; 15 déc. 1814, Sir. 15. 1. 87; 24 janv. 1818, Sir. 18. 1. 131; 5 fév. 1824, Sir. 24. 1. 288; 14 oct. 1825, Sir. 27. 1. 43.

[3] Cass. 28 juin 1816, Jurisp. gén., t. 3, p. 621; 5 fév. 1824, Sir. 24. 1. 288. La complicité n'est établie dans le sens de la loi que par l'existence légalement déclarée des faits constitutifs de ce mode de culpabilité, aux termes des art. 60, 61, 62 et 63 C. P. Cass. 20 juin 1835, Bull. n° 248; Journ. du dr. crim., art. 1645; 27 juin 1835, Bull. n° 261; 3 déc. 1835, Bull. n° 443; Journ. du dr. crim. 1836, p. 178, art. 1773; 21 janv. 1836, Bull. n° 21.

[4] Cass. 26 mars 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 623.

ne doit point être suivie; elle est une déviation évidente du principe qui veut renfermer les actes de complicité dans les termes de la loi pénale, puisqu'elle offre le moyen d'éluder ce principe; elle présente ensuite dans son application un grand péril, puisque le jury n'ayant plus sous les yeux, au moment de la délibération, les faits constitutifs de la complicité, pourrait être entraîné à faire dériver cette complicité de faits qui, aux yeux de la loi, n'auraient pas ce pouvoir.

[[Il est aujourd'hui de jurisprudence constante que les faits constitutifs de la complicité doivent être nécessairement constatés, puisqu'ils sont la condition de ce mode de culpabilité [1]. Ainsi, lorsque la question de complicité se réfère à une question précédente relative à l'auteur principal, l'irrégularité de cette question ou de la réponse qui y a été faite se reflète sur l'autre et lui ôte son effet [2]. Ainsi encore, lorsqu'il peut résulter de la question posée au jury des doutes soit sur les éléments du mode de complicité déclaré constant [3], soit sur le mode de complicité affirmé par le jury, au cas où l'un des modes peut entraîner une modification de la peine [4], la position de la question vicie toute la déclaration.]]

Toutefois, il n'est plus nécessaire que les faits élémentaires soient déterminés, lorsque les accusés sont déclarés non point complices, mais coauteurs du crime; car l'article 60 ne s'applique point à la coopération comme auteur, mais aux faits extrinsèques au crime, et qui tendent seulement soit à arriver à sa perpétration, soit à la faciliter. Ainsi, lorsque deux accusés sont déclarés coupables d'avoir, ensemble et *de complicité*, commis un meurtre, ils sont par là même reconnus coauteurs du meurtre, et il n'est plus besoin de constater les faits caractéristiques de la complicité. Cette exception, qui dérive de la nature des choses, mais qui signale la nécessité de distinguer avec soin, même dans la pratique, les auteurs et les complices d'un

[1] Cass. 13 févr. 1851, Dall. 53. 5. 101.
[2] Cass. 13 janv. 1854, Bull. nº 9.
[3] Cass. 1 mars 1855, Bull. nº 72.
[4] Cass. 18 mai 1855, Bull. nº 161.

crime, a été reconnue par plusieurs arrêts[1]. [[Toutefois le complice par assistance n'est pas nécessairement et dans tous les cas coauteur du délit, et par conséquent, si le coauteur est réputé complice par aide et assistance, celui-ci ne doit être considéré comme coauteur, pour faire aggraver la peine, dans le cas, par exemple, de vol commis par deux personnes, qu'autant que son concours dans l'exécution même du vol est déclaré[2].]]

202. La règle qui exige la constatation des diverses circonstances constitutives de la complicité, reçoit une application particulière relativement à chacun des actes de complicité. Il est nécessaire que nous la suivions dans ses différents rapports.

La provocation se manifeste par dons, promesses, menaces, abus d'autorité et de pouvoir. Si elle n'est pas accompagnée de ces circonstances, elle échappe à toute répression; ou du moins si, dans quelques cas particuliers prévus par l'article 102 C. P. et par la loi du 17 mai 1819, elle devient passible d'une peine, c'est comme formant un délit principal et distinct, et non comme un acte de complicité[3]. Il suit de là qu'il est indispensable que le jury déclare la circonstance qui peut seule en incriminer le caractère, puisque la simple provocation, libre de toutes circonstances aggravantes, ne constituerait ni crime ni délit. La cour de cassation a dû proclamer à deux fois cette nécessité[4]. [[Il a été reconnu toutefois que celui qui, sous forme de pari, s'engage à donner à un autre une somme d'argent pour le cas où celui-ci commettrait une action qualifiée délit, fait par cela même une promesse et provoque ainsi au délit[5].]] On ne doit pas, au reste, perdre de vue que cette espèce de provocation suppose

[1] Cass. 31 juillet 1818, Sir. 19. 1. 116; 19 janv. 1821, J. P. t. 16, p. 322; 24 mars et 30 décembre 1853, Bull. nos 110 et 611.

[2] Cass. 31 janvier 1835, Bull. no 46.

[3] La même décision s'applique au corrupteur en ce qui concerne le crime de corruption, mais elle ne s'applique pas aux complices du corrupteur. Cass. 16 nov. 1844, Bull. no 376.

[4] Cass. 14 oct. 1825, Bull. no 205; 16 mars 1826, Jurisp. géné., 26. 1. 272.

[5] Cass. 28 nov. 1856, Bull. no 377.

en général une supériorité de moyens, soit intellectuels, soit pécuniaires : ainsi l'on ne pourrait raisonnablement la supposer de la part d'un domestique envers son maître, d'un soldat envers ses chefs ; car ni le soldat ni le domestique ne peuvent avoir exercé cette influence, suffisante pour déterminer le crime. Cette observation est de nature à lever beaucoup d'incertitudes sur les caractères de ce mode de participation. [[Il faut ajouter néanmoins que par l'abus d'autorité ou de pouvoir, la loi, qui n'a pas limité le sens de ces mots, entend par là même aussi bien l'abus d'une autorité toute morale que l'abus d'une autorité légale Ainsi, dans une espèce où l'on soutenait que l'abus d'autorité ne devait pas s'entendre de l'ascendant illégitime résultant de l'état de concubinage dans lequel le demandeur avait vécu avec l'accusée principale, ce moyen a été rejeté, « attendu que la question de complicité par provocation, par abus d'autorité, était tout entière soumise à l'appréciation du jury ; que la solution affirmative qu'il a donnée à cette question est irréfragable et ne peut donner ouverture à cassation [1]. »]]

La provocation se révèle encore par des *machinations ou artifices coupables*. Or, il est d'abord hors de doute qu'il ne suffirait pas que l'accusé fût déclaré coupable d'avoir provoqué par des *artifices*, pour justifier l'application de la peine, car la loi n'incrimine que la provocation par artifices *coupables*. Ce point a été reconnu par la jurisprudence [2]. Mais cette qualification ne s'applique-t-elle qu'aux *artifices*? Ne doit-elle pas se référer en même temps aux machinations? En un mot, est-il nécessaire que les machinations qu'a employées la provocation soient déclarées *coupables* ? La cour de cassation ne l'a pas pensé ; elle a établi une distinction entre les artifices et les machinations. Les premiers ne seraient coupables qu'autant qu'ils sont qualifiés tels ; les autres entraîneraient une présomption de criminalité qui rendrait superflue toute qualification [4]. M. Carnot a pensé, au con-

[1] Cass. 9 sept. 1839, Bull. n° 301.

[2] Cass. 27 oct. 1815, Jurisp. gén., t. 626.

[3] Cass. 15 mars 1816, Jurisp. gén., t. 3, p. 633 ; 19 oct. 1832, Journ. du droit crim. 1832, p. 301.

traire, que ces deux expressions ont le même sens; que l'épithète *coupables* doit leur être appliquée à toutes deux pour caractériser une fraude condamnable; et que si, dans l'article 60, cette épithète ne se trouve qu'après le mot artifices, c'est pour éviter une répétition inutile. Cette dernière opinion nous paraît préférable. L'expression de *machinations* n'emporte pas avec elle une telle idée de criminalité, qu'il soit inutile d'y ajouter la qualification de *coupables* : les jurés seraient exposés à confondre de simples manœuvres avec des manœuvres criminelles; et ces dernières seules peuvent être un élément de la complicité.

Enfin, la provocation a lieu en donnant des instructions pour commettre l'action criminelle. Or la complicité est-elle suffisamment caractérisée par la déclaration que l'accusé a donné les instructions? Nous pensons, avec M. Carnot [1], qu'il serait utile d'ajouter que l'accusé savait que les instructions *devaient servir au crime*. Cependant M. Dalloz [2] repousse cette addition, parce que la connaissance lui paraît résulter des instructions elles-mêmes, et il cite un arrêt qui toutefois ne décide point la question [3]. Cette question est tout entière dans les circonstances élémentaires du crime : il ne suffit pas d'avoir indiqué les moyens par lesquels on commettrait tel crime, pour qu'on puisse en être réputé complice; il faut que ces instructions aient été données en vue du crime qui va se commettre, et pour en faciliter l'exécution [4]. Dès lors, l'addition proposée par M. Carnot ne fait qu'exprimer la pensée de la loi.

[[Cependant il a été admis par la jurisprudence qu'une question ainsi posée au jury : un tel est-il coupable d'avoir donné ou fait donner des instructions à telle personne pour commettre tel crime? est régulière. On objectait : 1° que cette question n'indiquait pas que ces instructions avaient été données avec connaissance; 2° qu'elle

[1] Comm. du C. pén., t. 1, p. 189.
[2] Jurisp. gén., v° *Complicité*, t. 3, p. 626.
[3] Cass. 27 oct. 1815, Bull. n° 60. *Voyez* cass. 3 oct. 1857, Bull. n° 359.
[4] Cass. 27 mars 1846, Bull. n° 82.

assimilait le fait d'avoir fait donner les instructions au fait de les avoir données. La cour de cassation a rejeté ces deux moyens : « attendu que le § 1er de l'art. 60, qui définit et fournit le genre de complicité consistant à avoir donné des instructions pour commettre un crime, n'exige pas, comme les dispositions subséquentes, qu'il soit dit que l'accusé de ce genre de complicité a agi avec connaissance, ou sciemment, ou sachant que ces instructions devaient servir à commettre un crime ; et qu'en effet il eût été, pour ce cas particulier, très-inutile de demander une telle explication, quand l'acte d'avoir donné des instructions pour commettre un crime et la déclaration que l'accusé est coupable de les avoir données ou fait donner, ne laissent aucun doute sur son intention criminelle ; qu'en second lieu, la question alternative d'avoir donné ou fait donner des instructions pour commettre un crime n'a rien d'irrégulier, parce que celui qui, affectant de ne pas se mettre en rapport direct avec l'auteur principal du crime, donne à un tiers les instructions nécessaires pour commettre ce crime, afin qu'il les transmette à celui qui doit le commettre, est aussi coupable que s'il les donnait directement, et qu'en réalité il les a toujours données [1]. »]]

Est-il nécessaire que les instructions données aient été accompagnées de dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir ? On doit répondre négativement. Le premier paragraphe de l'article 60 renferme deux modes distincts de participation morale : la provocation par dons, menaces, etc., et les instructions données pour commettre le crime. Les instructions, comme on vient de le dire, supposent un projet arrêté, un concert préalable, et, pour ainsi dire, une provocation antérieure. Les circonstances qui rendent la provocation coupable ne peuvent donc s'appliquer aux instructions ; d'ailleurs la construction grammaticale de la phrase s'opposerait à ce rapprochement.

203. Aux termes du deuxième paragraphe de l'article 60, on participe également à l'action en procurant des armes, des instruments,

[1] Cass. 23 mai 1844, Bull. n° 179.

ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, mais seulement avec la connaissance *qu'ils devaient y servir*. Il suit de là que, pour établir cette sorte de complicité, il est nécessaire de constater le concours du fait et de l'intention criminelle, intention qui ne peut résulter que de la connaissance qu'aurait eue l'accusé de l'emploi qui devait être fait des armes, instruments, ou autres moyens de commettre le crime. La cour de cassation s'est donc, suivant nous, écartée de la loi, en décidant que la réponse du jury qui déclare l'accusé *coupable d'avoir fourni des instruments pour commettre le crime*, implique suffisamment la connaissance exigée par l'article 60 [1]. Si les termes de la loi ne sont pas sacramentels, ils doivent du moins être remplacés par des termes équipollents; leur suppression enlève au crime l'un de ses principaux éléments. [[La cour de cassation est revenue à cette doctrine en déclarant, dans un arrêt postérieur, « que le deuxième alinéa de l'art. 60 exige que les moyens soient fournis en sachant qu'ils *doivent* servir à l'action qualifiée délit, et qu'il ne suffirait pas de savoir qu'ils *peuvent* servir à une action ainsi qualifiée [2]. »]]

204. Enfin, la participation se révèle par l'aide ou assistance donnée aux faits qui ont préparé ou consommé l'action. Or suffit-il de poser au jury la question en ces termes : « *L'accusé est-il coupable d'avoir, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur du crime dans les faits qui l'ont préparé ou consommé?* » Ou faut-il que la question énumère en outre les faits particuliers d'assistance qui ont préparé ou consommé le crime? Ce dernier mode, qui n'est nullement contraire à la loi, offre à l'accusé une garantie nouvelle, en astreignant le jury à analyser les faits qui déterminent sa conviction ; mais il faut reconnaître en même temps que le code ne l'exige point.

Au reste, la condition essentielle de toute complicité par assistance est la déclaration que l'accusé a agi *avec connaissance*. Si la question soumise au jury est muette sur cette circonstance, l'assistance,

[1] Cass. 2 juin 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 159.

[2] Cass. 18 mai 1844, Bull. n° 144.

quels que soient les faits matériels qui la caractérisent, cesse de constituer soit un crime, soit un délit [1]. C'est d'après ce principe fondamental que la cour de cassation a décidé qu'il ne suffit pas que le jury ait déclaré un accusé complice d'un vol en aidant ou assistant l'auteur de ce vol dans les faits qui l'ont préparé ou consommé : « attendu, dit l'arrêt, que cette déclaration n'établit point que l'accusé ait aidé ou assisté *avec connaissance*, circonstance essentiellement constitutive de la criminalité, et que dès lors le fait déclaré constant ne constitue ni crime ni délit [2]. » [[Il n'est pas indispensable toutefois que les mots *avec connaissance* soient exprimés, car ils ne sont pas sacramentels, pourvu qu'ils soient remplacés par des mots équivalents. Ainsi, dans une espèce où il était constaté « que Georges était coupable de s'être rendu complice de Jacques, en l'aidant et l'assistant dans les faits qui ont préparé et facilité l'exécution du crime, et spécialement en lui procurant les moyens d'entrer et de se cacher dans la maison de la veuve Bordet, sachant qu'il ne s'y introduisait qu'avec le projet arrêté à l'avance de lui donner la mort et de la voler, » il a été jugé qu'une telle constatation était suffisante [3].]]

Néanmoins la même cour a créé une exception à ce principe en matière de viol : « attendu qu'il est contre l'essence des choses de supposer qu'un accusé ait pu aider et assister les auteurs du viol dans les moyens de le commettre, sans qu'il sût qu'il prêtait aide et assistance pour commettre une action criminelle ; que de l'omission des mots *avec connaissance*, il est donc impossible de conclure que l'accusé n'est pas convaincu d'avoir agi dans des intentions coupables [4]. » Cette exception est-elle suffisamment justifiée? Ne pourrait-on pas faire le

[1] Cass. 10 oct. 1816, Bull. n° 72, et 4 janv. 1839, Bull. n° 8; Journ. du dr. crim. 1839, p. 361, art. 2512; 13 juill. 1843, Bull. n° 175; Journal du dr. crim. 1843, p. 230, art. 3407; 24 juillet 1847, Bull. n° 160.

[2] Cass. 26 sept. 1822, Jurisp. gén., t. 3, p. 637; cass. 16 juin 1827, Jurisp. gén. 27. 1. 421; cass. 2 juin 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 159.

[3] Cass. 13 août 1835, Bull. n° 318.

[4] Cass. 18 mai 1815, Sir. 15. 1. 398.

même raisonnement à l'égard de tous les crimes commis avec des violences, et, par exemple, de l'extorsion de signature? Même en matière de viol, les modes d'assistance sont-ils tellement uniformes, qu'ils doivent tous également supposer la connaissance du crime? Il faut prendre garde d'enfreindre une règle générale dont la loi a voulu étendre la protection tutélaire à tous les accusés de complicité par aide et assistance. L'article 60 n'a point fait d'exceptions : nous pensons qu'on n'en doit point créer. [[Il faut donc, pour que ce mode de complicité soit suffisamment constaté : 1° qu'il soit déclaré que des actes d'aide ou d'assistance à la préparation ou à la consommation du crime ont été commis par l'agent; 2° qu'en participant à ces actes, il avait connaissance de leur but criminel [1].]]

205. Nous passons à la seconde règle qui domine notre matière : c'est qu'il n'y a point de complices sans un fait principal à l'exécution duquel ils se rattachent. Cette règle, que la jurisprudence a souvent consacrée [2], résulte de la nature même des choses; car il est évident que s'il n'y a pas de fait principal, s'il n'existe point de crime, il ne peut y avoir de participation criminelle à ce fait, de complices de ce crime.

Ainsi l'amnistie, si on lui reconnaît le pouvoir d'abolir le crime, ne laisse point de complices; aussi la cour de cassation a-t-elle jugé que les complices des déserteurs, après une amnistie qui couvre la désertion, ne pouvaient être l'objet d'aucunes poursuites [3]. Mais il est clair qu'il en serait autrement si, à côté du crime de complicité de désertion, s'élevait un autre crime; par exemple, si cette désertion avait été favorisée par des gendarmes [4], car le fait principal serait l'abus fait par les gendarmes de leurs fonctions.

Ainsi, les témoins d'un duel ne doivent être passibles d'aucune

[1] Cass. 27 mars 1846, Bull. n° 82; 14 mai 1847, Bull. n° 102.

[2] Cass. 7 vend. an VII, Bull. n° 16; 8 vend. an VIII, Bull. n° 18; 14 janv. 1820, Jurisp. gén., t. 3, p. 614; 29 sept. 1820, Bull. n° 128.

[3] Cass. 6 janv. 1809, Jurisp. gén., t. 1, p. 424.

[4] Cass. 10 mai 1811, Jurisp. gén., t. 1, p. 434.

peine, parce que le duel, nous l'établirons plus loin, ne constitue ni un crime ni un délit[1].

Ainsi enfin, le complice d'un suicide ne peut être puni, parce que le suicide n'est point inscrit parmi les délits dans la loi pénale[2]; mais il faut prendre garde toutefois ici qu'on ne doit considérer comme acte de complicité de suicide que l'assistance donnée aux actes préparatoires, comme le fait d'avoir fourni les armes, instruments ou substances avec lesquels le suicide a pu s'accomplir. Car il n'y a suicide proprement dit que lorsqu'une personne se donne elle-même la mort. Mais l'acte par lequel on donne la mort à une autre personne, même avec le consentement de celle-ci, n'est plus, à parler exactement, un acte de complicité de suicide. Nous examinerons, au chapitre *de l'homicide volontaire*, la qualification qu'une telle action doit recevoir.

206. Toutefois, si l'existence du fait principal est nécessaire pour la poursuite des complices, il importe peu que l'auteur de ce fait soit inconnu ou absent; il suffit que le crime soit constant [3]. La fuite des auteurs principaux ne peut assurer l'impunité de leurs complices [4]; il en serait de même s'ils étaient décédés avant les poursuites; car ce décès ne saurait profiter aux complices et anéantir l'action publique à leur égard [5].

Si l'auteur principal n'est pas poursuivi, soit à raison de sa bonne foi, soit à raison de quelque privilége personnel, l'action publique peut-elle se diriger néanmoins contre les complices? L'affirmative est évidente, pourvu que le motif d'excuse soit purement personnel, et

[1] *Voyez* sur ce point notre chap. *de l'homicide volontaire.*

[2] Cass. 27 janv. 1815, Bull. n° 28; 16 nov. 1827, Bull. n° 284. — *Voyez* aussi notre chap. *de l'homicide volontaire.*

[3] Cass. 25 fév. 1843, Bull. n° 46.

[4] Cass 15 oct. 1825, Bull. n° 209; 19 août 1819, Bull. n° 97; 13 sept. 1827, Bull. n° 238; 24 sept. 1834, Bull. n° 314; 25 fév. 1843, Bull. n° 46; 24 sept. 1852, Bull. n° 330; 29 janv. 1852, Bull. n° 42.

[5] Cass. 4 juin 1835, Bull. n° 222.

que le fait matériel du crime principal ne cesse pas de subsister [1]. Ainsi les complices d'un vol commis par un fils à son père, quoique le vol soit couvert du voile de la loi, ne seraient pas moins tenus des peines de vol, s'ils en avaient profité [2], ou s'ils s'étaient associés comme coauteurs à sa perpétration [3]. C'était aussi la décision d'Ulpien : « *Item placuit eum qui filio, vel servo, vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non conveniantur* [4]. » [[Il n'en serait plus ainsi du complice de l'enlèvement d'une mineure, dans le cas où le ravisseur a épousé la fille qu'il a enlevée; car cette exception n'est point, dans ce cas, une exception personnelle au ravisseur; c'est le mariage même contracté à la suite du rapt que la loi a voulu protéger, puisque l'art. 357 ne permet l'exercice de l'action criminelle qu'après que la nullité du mariage a été prononcée. Cette disposition s'applique donc non-seulement à l'auteur principal, mais encore aux complices de l'enlèvement, puisque toute poursuite relative au fait qui a précédé le mariage, même restreint aux seuls complices, aurait pour résultat d'affaiblir le respect qui lui est dû et de porter le trouble dans la famille [5].]]

207. Mais si l'auteur principal, mis en cause avec les complices, a été déclaré non coupable, ceux-ci peuvent-ils être condamnés? Cette question délicate semble devoir se résoudre par une distinction. Si l'acquittement de l'auteur principal est motivé sur sa bonne foi, sur son ignorance du crime dont il n'était qu'un instrument, il est évident que le bénéfice de cette exception toute personnelle ne peut s'étendre au prévenu de complicité. Aussi la cour de cassation a-t-elle jugé, et avec raison, dans le cas de faux en écriture authentique, que, la non-culpabilité du notaire n'empêchant pas le fait matériel

[1] Cass. 24 avril 1812, Bull. n° 106; 28 avril 1813, Bull. n° 85.

[2] Cass. 15 avril 1825, Bull. n° 78; 1 oct. 1840, Bull. n° 292; 31 janvier 1850, Bull. n° 40.

[3] Cass. 12 avril 1844, Bull. n° 135; cass. ch. réun. 25 mars 1845, Bull. n° 110.

[4] L. 36, Dig. *de furtis*; l. 52, *ibid.*

[5] Cass. 2 oct. 1852, Bull. n° 335.

d'exister, son acquittement n'est pas un obstacle à la punition des complices [1]. Toutefois ajoutons que si le faux avait été commis par supposition de personnes et à l'insu du notaire, ce crime ne constituerait plus un acte de complicité du faux en écriture publique, mais un crime principal et distinct que l'art. 147 du code pénal punit d'une peine inférieure. Cette exception a été consacrée par plusieurs arrêts [2].

Mais si l'acquittement, au contraire, est motivé sur ce qu'il n'y a pas de crime, sur ce que l'accusation est dénuée de fondement, il serait contradictoire de condamner les complices. Nous citerons un arrêt de la cour de cassation qui a consacré cette distinction. Dans l'espèce de cet arrêt, un huissier signataire d'un exploit argué de faux avait été déclaré non coupable; mais un prétendu complice de cet acte avait été condamné. Cette cour déclara que l'acquittement de ce dernier était de plein droit, parce que, le faux n'ayant pu être commis que par l'officier ministériel dans l'exploit, la déclaration de non-culpabilité équivalait à la déclaration de non-existence du fait [3].

La même distinction doit encore être invoquée dans le cas d'absolution de l'auteur principal. « Celui qui provoquerait, a dit M. Merlin [4], un enfant ou un fou à commettre un homicide, ne pourrait

[1] Cass. 24 avril 1812 et 23 avril 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 611; 17 juill. 1825, Sir., 35-1-789, et cass. 21 nov. 1839, Bull. n° 354; cass. 27 nov. 1845, Bull, n° 348; 27 juillet 1846, Bull. n° 168; 3 nov. 1853, Bull. n° 525; 19 sept. 1856, Bull. n° 318.

[2] Cass. 21 juill. 1814 et 24 avril 1818, Jurisp gén., 3, 611.

[3] Cass. 8 vend. an VIII, Bull. n° 18. *Voy.* encore un arrêt du 11 octobre 1839, Bull. n° 32; Journ. du dr. crim. 1840, p. 190, art. 2639, portant: « que la subornation de témoins est un mode de complicité du crime de faux témoignage; que dès lors elle ne saurait donner lieu à l'application de l'article 365 qu'autant que les témoins subornés ont déposé ou tenté de déposer contre la vérité; que si, par suite d'une exception toute personnelle, ces témoins sont déclarés non coupables, il est nécessaire, pour que l'accusation conserve une base légale, que le fait d'une déposition mensongère en justice, soit contre un prévenu, soit en sa faveur, soit reconnu constant. »

[4] Quest. de droit, v° *Suppression de titres.*

profiter de l'absolution prononcée en faveur de celui-ci. » Cela est évident, et il a été reconnu aussi, avec raison, que si l'absolution est motivée sur ce que l'auteur n'a agi qu'avec imprudence, le complice peut néanmoins être atteint par la peine, s'il a aidé, assisté, ou provoqué l'action dans le dessein de nuire [1]. Mais si l'auteur principal n'a été absous que parce que le fait poursuivi, quoique répréhensible aux yeux de la morale, ne constitue ni crime ni délit, il est visible qu'aucune poursuite, qu'aucune peine ne pourraient être maintenues à l'égard des complices d'un tel fait.

208. La troisième règle de la complicité est relative à l'application de la peine, et se trouve textuellement dans l'article 59 : c'est que les complices sont punis des mêmes peines que les auteurs principaux. Il s'agit moins ici de tirer de faciles conséquences de cette règle générale que d'en expliquer le sens et la portée.

Remarquons, d'abord, que le principe qui est demeuré rigoureusement inscrit dans notre code n'a plus les mêmes effets qu'il avait autrefois. Si le législateur, en premier lieu, a prescrit les *mêmes peines* pour les auteurs et les complices, il n'a voulu parler que du *même genre* de peines, et non de peines de la *même durée;* aussi la jurisprudence n'a-t-elle point hésité à reconnaître que la peine imposée au complice peut être plus longue que celle encourue par l'auteur du crime [2]. Mais aujourd'hui, et depuis le système des circonstances atténuantes, ce n'est plus le même genre de peines qui s'applique à l'un et à l'autre; deux degrés dans l'échelle pénale peuvent les séparer : l'un peut être puni des travaux forcés, l'autre d'un simple emprisonnement correctionnel. Nous avons dit plus haut que cette distance qui s'étend entre les auteurs et les complices d'un crime nous semblait devoir être mesurée, non par le jury, mais par le législateur lui-même. Ce que nous voulons constater en ce moment, c'est que la règle de l'article 59, purement nominale, n'est plus rigoureusement exécutée dans la pratique [3].

[1] Cass. 20 fruct. an XII et 12 sept. 1812, Jurisp. gén., t. 3, p. 629.

[2] Cass. 9 juill. 1813 et 2 fév. 1815, Jurisp. gén., t. 3, p. 545.

[3] Cass. 19 sept. 1839, Bull. n° 301, qui déclare : que la disposition de

Cependant il est toujours important de connaître quelle est la peine qui menace et peut atteindre encore les complices, dans le cas où nulle déclaration de circonstances atténuantes n'est faite en leur faveur. L'article 59 les punit de la *même peine* que les auteurs mêmes; quelle est la valeur de ces mots? Les complices sont-ils responsables des circonstances aggravantes qui ont accompagné le crime et qu'ils ont ignorées? Doivent-ils supporter l'aggravation qui frappe l'auteur principal, par suite d'une qualité purement personnelle? Ne doivent-ils, au contraire, être atteints que de la seule peine que la loi a décernée contre le crime auquel ils ont participé?

Pour arriver à la solution de ces questions, il nous semble qu'il faut distinguer si les circonstances aggravantes sont intrinsèques ou extrinsèques au crime, c'est-à-dire, si elles font partie du crime lui-même, ou si elles dérivent au contraire de la qualité personnelle de l'un des auteurs principaux.

Sous l'empire du code pénal de 1791, la jurisprudence ne déclarait les complices passibles de la peine, qu'autant qu'ils avaient connu les circonstances intrinsèques du crime qui pouvaient motiver une aggra-

l'article 59, portant que les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs de ce crime ou de ce délit, doit être entendue dans ce sens que la peine portée par la loi contre le crime ou le délit dont ils sont auteurs ou complices devra leur être appliquée; mais qu'il ne résulte pas de cette identité de peine que le juge qui l'applique soit obligé de l'appliquer avec égalité à l'auteur ou au complice du crime, surtout lorsque la criminalité de chacun d'eux doit être par lui appréciée suivant qu'elle lui paraît plus ou moins grande, afin de le mettre à même de proportionner la peine au délit; que les mêmes principes s'appliquent au cas où des circonstances atténuantes ont été déclarées par le jury en faveur de l'auteur principal et du complice, parce qu'alors la plus grande latitude accordée au juge dans l'application de la peine par l'article 463 lui permet d'arriver à une proportion plus exacte encore entre le degré de criminalité et le châtiment, suivant les circonstances particulières à chaque accusé; d'où il suit qu'en appliquant, dans l'espèce, au demandeur la peine des travaux forcés à perpétuité, tandis qu'il n'a appliqué à l'auteur principal du crime que la peine des travaux forcés à temps, l'arrêt attaqué n'a commis aucune violation de l'article 59. » *Voy.* aussi cass. 17 fév. 1844, Bull. nº 54.

vation. Ainsi le complice d'un assassinat n'encourait la peine de mort que dans le seul cas où la question de la préméditation avait été résolue particulièrement contre lui [1]. Cette jurisprudence ne s'est point maintenue sous le code de 1810. La cour de cassation a constamment jugé, depuis la promulgation de ce code, que la même peine doit frapper et les auteurs du crime et leurs complices, encore bien qu'il soit reconnu que ces derniers n'ont point participé aux circonstances aggravantes du crime, et même qu'ils les ont ignorées. Les principaux motifs de ces arrêts sont que l'article 59 est général, et ne fait point dépendre son application de la participation qu'aurait eue le complice aux circonstances aggravantes du fait principal; que l'article 63 ne permet, d'ailleurs, de modifier la peine, lorsque les complices n'ont point eu connaissance des circonstances aggravantes, que dans le cas du recélé [2].

Quelques criminalistes ont attaqué cette jurisprudence; on a dit : l'article 60 ne déclare complices que ceux qui, avec connaissance, ont aidé ou assisté l'auteur de l'action. « Or est-ce avoir connaissance d'une action, que d'en ignorer les plus graves circonstances? Est-ce agir avec connaissance, que de participer par une telle complicité à un crime, lorsqu'on a la ferme conviction qu'on ne participe qu'à un délit? Pour la complicité, comme pour tout autre fait punissable, ce n'est pas la matérialité de l'action, c'est sa moralité qu'il faut apprécier [3]. » Enfin, il est certain que le défaut de connaissance absolue enlève toute culpabilité : ainsi l'action d'avoir fait le guet pendant la consommation d'un vol cesse d'être punissable, si le jury déclare que l'accusé n'a point connu qu'il se commettait un vol pendant qu'il faisait sentinelle [4]. Il semble donc rationnel que le défaut de con-

[1] Cass. 17 pluv. an IX, 18 vend. an X, 29 mess. an XIII, 20 nov. 1806, Jurisp. gén., t. 3, p. 631, 646 et 647; arr. contraire, 9 juill. 1846, Bull. n° 1 8.

[2] Cass. 17 juill. et 26 déc. 1812, Bull. n°s 169 et 175; 12 août 1813, Bourguignon, t. 3, p. 51.

[3] M. de Molènes, *De l'humanité dans les lois crim.*, p. 547.

[4] Cass. 4 mai 1827, Bull. n° 111.



naissance partielle de certaines circonstances qui aggravent la criminalité du fait principal, atténue la culpabilité des complices.

Nous voudrions pouvoir adopter cette interprétation, entièrement conforme à la théorie que nous avons développée au commencement de ce chapitre; elle s'appuie sur ce principe fondamental de toute justice répressive, que la peine doit être proportionnée à la gravité du délit. Mais le texte du code permet-il de l'accueillir? Ses termes sont précis : *Les complices seront punis de la même peine que les auteurs*. On objecte qu'il n'y a de complices par assistance que ceux qui ont agi *avec connaissance*. Mais que veulent dire ces dernières expressions? Que les complices ont dû connaître le but et la nature de l'action à laquelle ils ont participé. La loi a-t-elle exigé qu'ils aient été informés de toutes les circonstances du crime pour en mériter la peine? Ses termes ne permettent point cette distinction, et il suffit que l'article 63 l'ait formellement autorisée vis-à-vis des complices par recélé, pour qu'elle soit implicitement repoussée à l'égard des autres complices. Tel est aussi le véritable esprit du code. « Quand la peine, disait M. Target, dont nous avons déjà cité les paroles, serait portée à la plus grande rigueur par l'effet des circonstances aggravantes, il paraît juste que cet accroissement de sévérité frappe tous ceux qui, ayant préparé, aidé ou favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements, et ont consenti à toutes les suites du crime [1]. »

209. Mais la question nous paraît toute différente, lorsque l'aggravation prend sa source dans une circonstance, pour ainsi dire, extrinsèque au fait, telle que la qualité de père, de fils, de tuteur, de domestique ou de fonctionnaire, qui peut appartenir à l'auteur principal. La cour de cassation a maintenu dans cette hypothèse, comme dans la première, une règle uniforme : c'est que l'aggravation de peine qui résulte de la qualité d'un des complices doit s'étendre sur tous; ainsi, et d'après cette jurisprudence, les complices d'un

[1] Voyez *suprà*, p. 403; et cass. 9 janv. 1849, Bull. n° 8; 14 sept. 1854, Bull. n° 278.

vol dont l'un des auteurs est domestique sont punis de la peine infligée au domestique infidèle [1]; le faux commis en écriture authentique, avec le concours d'un fonctionnaire, entraîne sur tous les complices la peine portée par la loi contre ce seul fonctionnaire [2]; ceux qui ont aidé un père ou une mère dans les faits qui ont facilité un attentat aux mœurs sur la personne de leur fille, partagent la même peine qui atteint dans ce cas les parents [3]; le complice du crime d'avortement commis par une sage-femme est passible de l'aggravation de peine encourue par celle-ci [4]; enfin, les complices du fils qui a tué son père sont punis de la peine des parricides [5].

Une jurisprudence aussi inflexible, une règle aussi rigoureuse ne peut se justifier que par le texte formel de la loi. Mais ce texte ne soulève-t-il donc aucune incertitude? Lorsqu'un crime est commis par plusieurs personnes qui y prennent une part égale, les coupables sont coauteurs et non complices. Or, dans ce cas, la qualité de l'un d'eux déterminera-t-elle l'aggravation à l'égard des autres? L'article 59 ne s'applique qu'aux complices relativement aux auteurs, et non aux auteurs entre eux. Faut-il, comme le veut la jurisprudence [6], considérer les coauteurs comme complices? Il n'y

[1] Cass. 23 oct. 1811, 23 déc. 1812, 8 juill. 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 650; 24 août 1827, Bull. nº 225.

[2] Cass. 9 fév. 1811 et 25 oct. 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 645; 22 janv. 1815, Jurisp. gén. 35. 1. 421.

[3] Cass. 22 nov. 1818, Jurisp. gén., t. 2, p. 595.

[4] Cass. 16 juin 1855, Bull. nº 214.

[5] Cass. 3 déc. 1812, Jurisp. gén., t. 3, p. 623; 20 avr. et 20 sept. 1827, Jurisp. gén. 27. 1. 407 et 431; cass. 23 mars 1843, Bull. nº 66; 27 mars 1846, Bull. nº 32; 9 juin 1848, Bull. nº 178; 11 sept. 1851, Bull. nº 382 *bis*; 24 mars 1843, Bull. nº 110; 30 sept. 1853, Bull. nº 491. Ulpien avait donné une décision semblable : Ait Mecianus etiam conscios eâdem pœnâ adficiendos, non solùm parricidas : proindè conscii etiam extranei eâdem pœnâ adficiendi sunt. L. 6, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis.

[6] Cass. 9 juin 1848, Bull. nº 178; 11 sept. 1851, Bull. nº 1851; 24 mars 1853, Bull. nº 110; 22 janvier 1852, Bull. nº 28; 3 juillet 1854, Bull. nº 242.

aura aucune raison pour aggraver la peine de ceux-ci plutôt que pour atténuer la peine de celui-là. Nulle disposition pénale n'inflige à plusieurs auteurs d'un crime l'obligation de subir l'aggravation qui peut être due à l'un d'eux. Or, si cette aggravation ne doit pas peser sur les coauteurs, les complices doivent-ils la supporter?

Ce que l'art. 59 a voulu dire, c'est que les complices seraient punis de la peine portée contre le crime même, c'est qu'ils seraient punis comme s'ils en étaient les auteurs. Telle est la traduction littérale d'une locution vicieuse, par cela seul qu'elle est trop vague. Ainsi les circonstances inhérentes au fait, et qui en aggravent le caractère, doivent peser sur les complices, quoiqu'ils les aient ignorées, parce que leur participation les répute auteurs eux-mêmes de ce fait. Mais celles qui n'appartiennent point au fait, et qui n'aggraveraient point leur crime, même quand ils en seraient les auteurs, comment les en rendre responsables? Ces circonstances n'appartiennent point au crime; elles n'entrent point non plus dans le calcul ordinaire de la peine; elles dérivent de la seule qualité d'une personne; elles sont personnelles, et l'aggravation qu'elles entraînent ne peut être étendue.

Il est à remarquer que les orateurs du gouvernement, en exposant les motifs du code, n'ont parlé que de l'aggravation résultant des circonstances concomitantes du fait, et nullement de celles qui dérivent de la qualité de l'un des auteurs. Et, en effet, n'y a-t-il pas une flagrante injustice à punir comme le domestique infidèle, comme le fonctionnaire dilapidateur, comme le fils parricide, le complice qui, en se rendant coupable d'un crime, n'a du moins trahi ni la foi d'un maître, ni les devoirs de ses fonctions, ni les sentiments les plus sacrés de la nature? Si les devoirs de l'un et de l'autre n'étaient pas égaux, comment le crime peut-il être égal[1]?

[1] Le code pénal de la Chine (ta-tsing-leu-lé) contient une disposition (Int. 30, t. 1, p. 66) ainsi conçue : « Quand la position relative de ceux qui ont commis un délit met de la différence dans leur sujétion à la peine, le plus coupable la subira comme principal dans le délit qu'il a commis lui-

210. Il serait impossible, au reste, d'appliquer l'article 59 dans le sens littéral de ses termes. Car, si l'auteur et le complice devaient, dans tous les cas, être punis *de la même peine*, il faudrait que ce dernier profitât de l'atténuation que la qualité de l'auteur peut motiver, de même qu'il supporte l'aggravation qu'elle peut entraîner. Ainsi, lorsque cet auteur principal a moins de seize ans, l'atténuation de peine que son âge justifie devrait rigoureusement profiter à son complice. Cependant on ne l'a jamais prétendu, et la cour de cassation a jugé avec raison que, dans ce cas, la peine du crime devrait être infligée aux complices [1]. D'où il suit que, dans cette hypothèse, cette cour donne à ces mots de l'article 59 : *la même peine que les auteurs*, l'interprétation que nous lui donnons nous-mêmes : *la même peine que s'ils en étaient les auteurs*. Les complices ne doivent ni profiter des priviléges ou des circonstances atténuantes [2], ni souffrir des causes d'aggravation qui existent dans la personne de l'auteur principal : la loi a pu les considérer comme les auteurs du crime, mais elle n'a pu aller au delà, et les punir à raison d'une qualité qui ne leur appartient pas.

On reconnaît encore que, si l'auteur ou l'un des auteurs est en état de récidive, l'aggravation que cette position produit à son égard est toute personnelle, et ne peut atteindre ni les coauteurs, ni les complices [3]. Et, en effet, il serait absurde que l'aggravation qui puise ses motifs dans les habitudes dépravées d'un condamné, pût s'étendre à des complices dans lesquels aucune condamnation antérieure ne révèle les mêmes habitudes. Mais le même raisonnement a-t-il donc moins de poids lorsqu'il s'applique à la condition toute personnelle aussi du tuteur, du fonctionnaire, des père et mère? Peut-on imputer

même, et les complices ne seront punis comme accessoires que pour la portion de culpabilité qu'ils ont dans le délit. »

[1] Cass. 18 nov. 1824, Bull. n° 167; 21 nov. 1839, Bull. n° 354; 27 nov. 1845, Bull. n° 348.

[2] Cass. 20 déc. 1832, Bull. n° 503; 23 mars 1843, Bull. n° 66.

[3] Cass. 3 juill. 1806, Jurisp. gén. 3. 654; Bull. n° 107.

au complice la perversité plus grande que ces agents ont manifestée en trahissant des obligations plus étroites?

[[Enfin, on reconnaît que la peine applicable au militaire, à raison d'un délit commis sous les drapeaux, ne peut être étendue à son complice non militaire, « attendu que le caractère tout particulier de la législation militaire tient à la nature même des devoirs sur l'infraction desquels cette législation a disposé; qu'en effet tous ceux qui sont sous les drapeaux contractent envers le pays des obligations d'un ordre spécial dont l'exact accomplissement importe à la discipline; que si, nonobstant cette indépendance des deux législations entre elles, on voulait, pour la qualification et la peine d'un délit militaire, lier par les règles ordinaires de la complicité le sort d'un complice non militaire au sort d'un auteur principal ordinaire, il en résulterait que le premier serait responsable d'une infraction pouvant ne pas avoir pour lui de raison d'être ou de raison d'aggravation, et passible d'une peine dont la nature et la rigueur seraient pour le complice sans explication; qu'il en résulterait encore que le droit de jouir des circonstances atténuantes cesserait pour lui [1]. » Cette décision a été consacrée implicitement par les art. 197, 198 et 268 du nouveau code militaire, qui définissent les cas exceptionnels où les complices non militaires peuvent être atteints par la loi pénale militaire.]]

Notre opinion est donc que la cour de cassation s'est en général écartée du véritable esprit de l'art. 59, qui n'a voulu, dans l'assimilation qu'il fait des complices et des auteurs, que punir les complices comme s'ils étaient eux-mêmes les auteurs du fait.

Au surplus, la jurisprudence a admis que l'aggravation de peine qui descend de l'auteur principal au complice ne remonte pas du complice à l'auteur. C'est toujours la peine encourue par l'auteur que le complice doit subir, encore bien que celui-ci ait une qualité qui, s'il était l'auteur principal, donnerait lieu à une aggravation de la peine; par exemple, s'il est fonctionnaire [2], attaché au service de la personne

[1] Cass. 19 janvier 1856, Bull. n° 27.

[2] Cass. 23 mars 1827, Jurisp. gén. 2. 395.

volée [1], ou fils de la victime [2], ou son ascendant dans les cas de viol ou d'attentat à la pudeur [3]. Mais ici encore il nous semble qu'en s'attachant trop au texte de la loi on en a méconnu l'intention : ce n'est point une égalité absolue dans la peine qu'elle a voulu établir ; cette égalité serait injuste, soit que la peine du complice fût aggravée par suite de l'aggravation personnelle à l'auteur, soit qu'elle fût diminuée parce qu'on ne lui tiendrait pas compte de la qualité qui augmente sa culpabilité relative. La loi n'a fait qu'assimiler les complices aux auteurs, mais elle n'a point fait abstraction des circonstances qui peuvent modifier la position respective de chacun d'eux.

Enfin, il a encore été reconnu que si l'auteur principal, dont la qualité de notaire, de commis, d'officier ministériel, eût motivé l'aggravation de la peine, est acquitté, le complice est affranchi de cette aggravation, et ne peut encourir que la peine ordinaire du crime [4]. Cette dernière décision, que nous sommes loin de contredire, n'est peut-être pas cependant en harmonie avec le système de la cour de cassation, qui veut en général, comme on l'a vu, que les complices soient punis de la peine applicable aux auteurs eux-mêmes.

211. Nous passons maintenant aux règles relatives aux complices par recélé. On se rappelle qu'il existe deux espèces de recélé : celui de personnes, et celui des choses provenant du délit. Nous allons nous en occuper successivement.

Trois conditions sont nécessaires, aux termes de l'article 61, pour que les recéleurs des personnes puissent être réputés complices. Il faut qu'ils aient connu la conduite criminelle des malfaiteurs ; qu'ils leur aient fourni volontairement logement, lieu de retraite ou de réunion, et cette volonté peut être imputée à la femme conjointement

[1] Cass. 29 mars 1827, Jurisp. gén. 27. 1. 397.

[2] Cass 27 avril 1815, Jurisp. gén. 3. 653 ; cass. en sens contraire, 15 déc. 1814, Jurisp. gén. 3. 653 ; cass. 21 mars 1844, Bull. n° 109; Journ. du dr. crim. 1844, p. 77, art. 3533.

[3] Cass. 2 oct. 1856, Bull. n° 326.

[4] Cass. 24 déc. 1825, 20 sept. 1828, 19 juin 1829 et 22 juillet 1830, Jurisp. gén. 26. 1. 148 ; 28. 1. 424 ; 29. 1. 277 ; 36. 1. 327.

avec son mari [1]; enfin, que ces secours aient été, non pas accidentels, mais habituels [2].

Cette dernière circonstance est surtout constitutive de la complicité, parce qu'elle suppose une connaissance particulière des crimes et une assistance prêtée pour les commettre : sans l'habitude de donner asile, il n'y a pas de crime. Il n'est pas besoin d'ajouter qu'il en est de même, si l'asile n'a pas été volontairement donné. Ce que la loi a voulu atteindre, ainsi qu'on l'a vu précédemment, ce sont les repaires où se rassemblent les malfaiteurs épars; les individus qu'elle a voulu punir, ce sont ceux qui font métier de tenir ces lieux de retraite où se recrutent les associations criminelles.

M. Carnot émet l'opinion [3] que l'article 61 ne s'applique qu'au fait de recevoir une association de malfaiteurs *faisant métier* de brigandages ou de violences, et non un rassemblement d'individus réunis pour commettre un crime isolé. Cette opinion, qui aurait pour effet de limiter singulièrement l'application de cet article, ne nous semble nullement justifiée par son texte. La loi n'exige point, en effet, comme condition de la complicité des recéleurs, que les malfaiteurs recélés forment une bande ou une association : les mots *lieux de retraite ou de réunion* sont séparés par une particule disjonctive, et dès lors il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu *réunion* de malfaiteurs. Sans doute, l'asile donné à des individus réunis pour un crime isolé ne constituerait pas un fait de complicité dans le sens de l'article 61; mais ce n'est pas parce que ces individus ne formeraient pas une association faisant métier de brigandages, c'est parce qu'il n'y aurait pas alors chez le recéleur *habitude* de fournir logement à des malfaiteurs. Ainsi il ne nous paraît point nécessaire d'examiner ici, comme l'ont fait M. Carnot [4], et, après lui, M. Dalloz [5] dans quels cas il y a

[1] Cass. 23 mars 1854, Bull. n° 80; Dall. 54. 5. 171.

[2] Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum eamve sociârunt, par ipsos et reos pœna exspectet. L. 1, C. de his qui latrones.

[3] Comment. du cod. pénal., t. 1, p. 194.

[4] Comment. du cod. pén., t. 1, p. 194.

[5] Jurisp. gén. 3. 656.

réunion, et de quel nombre de malfaiteurs elle doit se composer. Il y a complicité de la part des recéleurs dès qu'il y a habitude, et cette habitude peut se constituer aussi bien en donnant logement successivement à des malfaiteurs isolés qu'en fournissant un lieu de réunion à des bandes organisées.

Au reste, M. Carnot fait remarquer avec raison que le fait de fournir la nourriture et autres secours aux malfaiteurs ne constituerait point la complicité prévue par cet article ; l'asile donné en est le seul élément. On doit ajouter que cette complicité n'atteint que le maître de la maison, car lui seul en dispose et peut lui assigner cette destination.

La loi déclare que les recéleurs seront punis comme complices. Mais de quels crimes ? Évidemment de ceux qui ont été commis pendant le temps de l'asile donné. Cependant il semble qu'on doit limiter leur responsabilité aux faits que cet asile a pu faciliter ou favoriser ; et elle cesse d'exister à compter du moment où l'asile a cessé [1].

212. Il reste à parler du recélé des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit.

La loi romaine qualifiait sévèrement les recéleurs : *Pessimum genus est receptatorum* [2]. Nous avons vu qu'elle les assimilait complétement aux voleurs eux-mêmes : *Crimen non dissimile est rapere, et ei qui rapuit, raptam rem, scientem delictum, servare* [3]. Nous ne rappelons cet ancien adage, que les docteurs avaient vainement tenté d'adoucir par d'ingénieuses distinctions [4], que parce que c'est ce principe même, transporté dans le code dans toute sa nudité primitive, que nous allons expliquer.

En effet la règle générale de cette matière est que le recélé fait

[1] *Voyez* dans ce sens Armand Dalloz, Dict. gén., v° *Complicité*, n° 191 ; *contrà*, Carnot, t. 1, p. 194.

[2] L. 1, Dig. *de recept.* Cette loi ajoute : puniuntur atque latrones.

[3] L. 9, C. ad leg. Jul. de vi.

[4] Farinacius, quæst. 123, n° 11 ; Julius Clarus, quæst. 90, n° 9 ; Gomez, *de delictis*, c. 3, n° 16 ; Barthole, Baldus et Paul de Castro, *in l. furtum*, Dig. *de furtis*.

sciemment de choses obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, est réputé un acte de complicité de ce crime ou de ce délit. Nous avons précédemment combattu cette fiction de la loi ; il s'agit maintenant de faire connaître dans quelles limites elle s'exerce.

La connaissance que la chose recélée provenait d'un crime est la circonstance constitutive du recélé. Ainsi ce recélé ne constituerait ni crime ni délit, s'il n'était déclaré par le jury ou les juges qu'il a été commis sciemment; la jurisprudence a sévèrement maintenu ce principe [1]. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il ne suffit pas, pour autoriser la condamnation de l'accusé de complicité par recélé, d'une déclaration portant qu'il s'est rendu *coupable* de recélé, mais qu'il est indispensable d'ajouter que le recélé a été fait sciemment [2]. En effet le mot *coupable* ne se réfère qu'à l'action d'avoir reçu la chose volée, tandis que c'est uniquement la connaissance acquise que cette chose provient d'une soustraction frauduleuse qui constitue le recélé punissable. Toutefois il faut ajouter que le mot *sciemment* n'est point un terme sacramentel, et qu'il peut être suppléé par des expressions équivalentes, pourvu qu'elles aient bien la même valeur et la même signification.

213. La loi n'exige point que le recéleur ait profité de la chose qu'il a reçue; loin de là, elle place sur la même ligne, implicitement dans l'art. 62, et dans l'art. 380 explicitement, ceux qui ont *recélé ou appliqué à leur profit* les objets volés [3]. La circonstance que le prévenu du recélé a reçu en simple dépôt la chose volée, ou même en a payé le prix, n'altérerait donc nullement le caractère criminel du recélé. La seule justification intentionnelle serait qu'il n'a recélé les objets que pour les remettre à leur véritable propriétaire ; mais cette excuse rentrerait dans la question de la culpabilité [4]. Cependant il est évident que les juges doivent porter une extrême attention aux

[1] Cass. 12 sept. 1812, 29 mai 1813, 28 sept. 1817, 12 janv. 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 91.

[2] Cass. 14 sept. 1832, Journ du dr.. crim. 1832, p. 221.

[3] Cass. 11 sept. 1818, Bull. no 119.

[4] Cass. 27 pluv. an IX, Jurisp. gén. 3. 637.

preuves d'une complicité par recélé qui planerait sur un individu qui n'avait aucun intérêt au crime, car il n'est pas à présumer qu'on veuille assumer la responsabilité d'un crime sans en profiter.

M. Carnot soulève la question si la connaissance du crime, qui constitue le recélé punissable, doit précéder le moment où la chose a été reçue [1], et il se prononce pour l'affirmative, en se fondant sur l'art. 63, qui n'est qu'un corollaire de l'art. 62, et qui ne prononce certaines peines contre les recéleurs qu'autant qu'ils ont eu, *au temps du recélé*, connaissance des circonstances aggravantes du crime Cette interprétation, que ce texte appuie en effet, nous semble également devoir être adoptée; car il y a peut-être moins d'immoralité dans celui qui, déjà chargé d'un dépôt, ne le rend pas lorsqu'il découvre sa source criminelle, que dans la personne qui connaît à l'avance le crime et se charge d'en céler les produits. Celui-ci adhère volontairement au crime, l'autre n'y donne qu'une adhésion forcée en quelque sorte par sa position précédente. Il ne suffirait donc pas, à notre avis, que l'accusé eût conservé la chose depuis qu'il a appris qu'elle était le résultat d'un vol, pour être passible des peines du recélé; il faudrait qu'il fût constaté qu'il a connu ce vol au moment même où il a consenti à en devenir dépositaire.

La cour de cassation a décidé que le fait de s'être approprié les deniers provenant d'un vol, après avoir été chargé de les recueillir dans une cachette par l'auteur du vol, constitue le recélé punissable [2]. Il eût été plus rationnel de voir dans un tel fait les caractères d'un nouveau vol; car son auteur avait moins pour objet de dérober à la justice les effets qu'il recueillait, que de se les approprier frauduleusement.

214. La femme qui recèle les effets volés par son mari doit-elle être réputée complice? La cour de cassation a jugé l'affirmative [3].

[1] Comment. du cod. pén., t. 1, p. 196.

[2] Cass. 7 fév. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 77.

[3] Cass. 13 mars 1821, Bull., p. 134, et 14 octobre 1826, Bull. nº 207.

Cependant la femme, suivant la remarque de MM. Legraverend [1] et Bourguignon [2], devant obéissance à son mari, et étant obligée d'habiter avec lui, est-il juste et moral de la punir d'une peine infamante pour avoir recélé *dans la maison conjugale* des objets volés par son mari seul? Ne peut-on pas penser qu'en recélant ces objets elle n'a voulu que soustraire des pièces de conviction qui exposeraient celui-ci à la vindicte publique, qu'elle n'a fait que remplir un devoir de piété conjugale? Le motif sacré qui a dicté l'article 248, par lequel l'époux qui a recélé son époux accusé d'un crime est exempté de toutes peines, ne peut-il pas être invoqué? La femme devra-t-elle donc dénoncer son mari, sous peine d'être considérée comme un complice? Toutefois nous ne saurions admettre avec ces auteurs que l'état de femme en puissance de mari rende une accusée incapable d'être déclarée coupable de recélé d'effets détournés par celui-ci. Les dispositions des articles 217 et 1421 du code civil ne sont point applicables aux matières criminelles ; ils règlent la constitution civile de la société conjugale, et non la responsabilité légale que peuvent encourir, pour crime ou délit, les époux, non comme époux, mais comme individus. Mais alors, du moins, il ne suffit pas que les objets volés par le mari soient déposés dans la maison maritale, pour que la femme puisse être accusée de recélé; il est nécessaire que les objets aient été recélés par elle-même, sciemment et volontairement, circonstances qui rentrent surtout dans l'appréciation du jury [3].

215. La règle posée par l'article 62 reçoit une modification en matière de banqueroute frauduleuse ; l'article 597 du code de commerce ne déclare en effet complices que « les individus qui sont convaincus de s'être *entendus* avec le banqueroutier pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles. » Or on doit conclure de cette disposition que le fait isolé de recélé ne constitue pas la complicité, et qu'il faut que ce recélé ait été le résul-

[1] Lég. crim., t. 1, p. 246.
[2] Jurisp. des cod. crim., t. 3, p. 67.
[3] *Voy.* en ce sens cass. 23 mars 1854, Bull. n° 80; Dall. 54. 5. 171.

tat d'un concert frauduleux entre l'auteur du fait et son complice. Cette exception à la règle générale a été reconnue par plusieurs arrêts [1].

[[Mais cette jurisprudence a dû se modifier après la promulgation de la loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes. Deux innovations principales ont été introduites par cette loi. L'une consiste dans une modification apportée à la complicité par recélé : cette modification a été nettement expliquée par un arrêt qui déclare « qu'avant la loi du 28 mai 1838 la complicité de banqueroute frauduleuse, en ce qui concerne les faits de détournement d'actif, consistait, suivant la définition de l'ancien art. 597 C. com., à s'entendre avec le banqueroutier pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles ; qu'ainsi elle ne pouvait résulter que d'un concert avec le failli ; que, par une conséquence nécessaire, l'acquittement du failli accusé d'avoir détourné une partie de son actif ne permettait pas de déclarer coupable celui qui était accusé de s'être entendu avec lui pour opérer ce détournement, ces deux décisions étant contradictoires et inconciliables ; que la loi de 1838, dans son art 593, a remplacé par des dispositions différentes celles de l'ancien art. 597 ; qu'il suffit aujourd'hui, en ce qui concerne les détournements, que les biens meubles ou immeubles du failli aient été soustraits ou recélés dans son intérêt pour que l'auteur de ces soustractions ou recélés encoure les peines de la banqueroute frauduleuse, sans que la loi exige qu'il y ait eu concert à cet effet entre lui et le failli [2]. » Il n'y a donc de complicité par recélé, en matière de banqueroute frauduleuse, qu'autant qu'il est constaté que le recélé a eu lieu dans l'intérêt du failli [3], qu'il y ait ou non participation criminelle du failli [4]. Si le recélé n'a pas été

[1] Cass. 22 janv. 1830 et 17 mars 1831, Journ. du dr. crim. 1830, p. 160, et 1831, p. 182.

[2] Cass. 2 mai 1840, Bull. n° 125.

[3] Cass. 18 mars 1852, Bull. n° 97 ; 13 janv. 1854, Bull. n° 9 ; 21 déc. 1854, Bull. n° 352.

[4] Cass. 3 juin 1843, Bull. n° 131.

commis dans l'intérêt du failli, il est assimilé par l'art. 594 du C. com. au vol et puni des peines du vol ; si le détournement a été commis avec effraction, il rentre, et par conséquent le recélé, dans les termes de l'art. 381 [1]. Ce n'est, au reste, qu'en ce qui concerne la complicité par recélé que la loi nouvelle a innové ; quant aux autres modes de complicité de la banqueroute frauduleuse, la loi s'est purement et simplement référée à l'art. 60 [2] : les seules conditions de l'application de cet article sont : 1° que la qualité de commerçant soit reconnue au failli [3]; 2° que les éléments de la complicité légale soient constatés [4].]]

216. Les recéleurs étant réputés complices du crime, il s'ensuit que la même peine qui frappe les auteurs doit les atteindre : ainsi le recéleur d'objets soustraits par un vol qualifié peut être poursuivi par la voie criminelle [5]; et, si ces effets ont été escroqués à l'aide d'un faux, il doit être puni comme le faussaire [6]. Il n'est pas même nécessaire que les recéleurs aient connu les circonstances aggravantes du crime pour devenir passibles des peines qui motivent ces circonstances ; il suffit qu'ils aient su que les effets provenaient d'un crime [7] : ainsi il serait inutile de poser au jury la question de savoir si l'accusé avait, au temps du recélé, connaissance des circonstances aggravantes [8], et la peine prononcée contre l'auteur principal devrait lui être appliquée, dans le cas même où le jury aurait déclaré qu'il n'avait pas connaissance de ces circonstances [9], pourvu d'ailleurs que l'existence de ces circonstances soit constatée [10].

[1] Cass. 13 mai 1841, Bull. n° 144.
[2] Cass. 21 déc. 1854, Bull. n° 352; 9 fév. 1855, *ibid.* n° 38.
[3] Cass. 18 oct. 1842, Bull. n° 282; 21 déc. 1837, *ibid.* n° 436.
[4] Cass. 6 oct. 1853, Bull. n° 494.
[5] Cass. 7 fév. 1834, Dall. 34. 1. 182.
[6] Cass. 16 mai 1828, Dall. 28. 1. 247.
[7] Cass. 25 juin 1812, 10 juill. 1817, 22 août 1819, Jurisp. gén. 3. 668.
[8] Cass. 25 fév. 1819, Jurisp gén. 3. 667.
[9] Cass. 22 mai 1817, Jurisp. gén. 3. 666, et 22 juin 1827, Bull. n° 151.
[10] Cass. 31 août 1854, Bull. n° 272.

217. Mais ce principe a des exceptions. La loi a reculé devant son application, lorsque la peine de l'auteur principal est la peine de mort ou une peine perpétuelle : comme si la nature de la peine pouvait modifier l'injustice de la règle; comme si la même raison qui repousse l'égalité de la peine entre les auteurs et les recéleurs, quand cette peine est capitale ou perpétuelle, ne la repoussait pas également quand cette peine n'est que temporaire !

La première exception est relative à la peine de mort. Plusieurs arrêts de la cour de cassation avaient jugé, avant le code pénal, que le recéleur d'un objet provenant d'un vol accompagné de meurtre n'était pas passible de la peine de mort, attendu qu'en recélant l'objet volé le recéleur se rend coupable de meurtre et non d'homicide [1]. Depuis le code, plusieurs cours d'assises persistèrent dans cette jurisprudence; mais, la cour de cassation ayant cessé de la maintenir [2], la question fut portée en référé au conseil d'État, qui décida, par un avis approuvé le 18 décembre 1813, que, lorsqu'un vol a été commis à l'aide ou par suite d'un meurtre, les personnes qui ont recélé les effets volés, avec connaissance du meurtre qui a précédé le vol, doivent être considérées comme complices du meurtre. Il est sans objet de nous arrêter à faire remarquer l'excessive rigueur de cette décision qui, par une terrible fiction, suppose dans le recéleur une participation à des actes, à des circonstances qu'il n'a connus que depuis le crime et au moment du recélé. La loi du 28 avril 1832 a implicitement abrogé cet avis du conseil d'État par cette disposition, qui forme le premier paragraphe de l'article 63 : « Néanmoins la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée, à l'égard des recéleurs, par celle des travaux forcés à perpétuité. »

218. Une deuxième exception est relative à la peine des travaux forcés à perpétuité et à celle de la déportation; aux termes du deuxième paragraphe du même art. 63, elles ne peuvent être, dans

[1] Cass. 17 frim. an IX, Bull. n° 9.
[2] Cass. 12 avr. 1813, Bull. p. 193.

tous les cas (et par conséquent dans le cas même où la première de ces peines est substituée à la peine de mort), appliquées aux recéleurs qu'autant qu'ils sont convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi les a attachées; sinon ils ne subissent que la peine des travaux forcés à temps. Il est donc nécessaire que le jury, dans l'une et l'autre hypothèse, s'explique formellement sur cette connaissance des circonstances aggravantes au moment du recélé; il ne suffirait plus alors d'énoncer que le recélé a été fait sciemment [1]. Toutefois il n'est peut-être pas inutile de rappeler que l'existence du crime principal est la condition essentielle du crime de recélé. Si donc l'auteur principal était, soit acquitté, parce que la soustraction n'aurait pas été faite avec intention de nuire, soit absous, parce que cette soustraction, d'après ses circonstances intrinsèques, ne constituerait ni crime ni délit, la criminalité du recélé s'effacerait aussitôt [2]. C'est l'application de la règle que nous avons posée précédemment, et d'après laquelle il n'y a de complices que là où il existe un fait principal; mais cette règle reçoit ici une plus étroite application, puisqu'aux termes de l'art. 62, le recélé n'existe qu'à l'égard des choses enlevées *à l'aide d'un crime ou d'un délit*. C'est par suite de ce principe qu'il a été jugé que le recélé commis en France par des Français, d'objets provenant d'un vol commis à l'étranger au préjudice d'étrangers, ne peut être l'objet d'une poursuite criminelle en France, parce qu'un vol de cette espèce ne peut être poursuivi en France aux termes des articles 5, 6 et 7 du code d'instruction criminelle, que le recélé fait sciemment des objets volés se rattache nécessairement au vol et ne peut exister sans lui, et qu'enfin les tribunaux français seraient incompétents pour appliquer aux recéleurs les mêmes peines que les lois étrangères auraient infligées à l'auteur principal [3].

219. La fiction qui répute le recélé acte de complicité du vol

[1] Cass. 21 mai 1812, Jurisp. gén. 3. 664.
[2] Cass. 7 vend. an VII, Jurisp. gén. 2. 383.
[3] Cass. 17 oct. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 348.

reçoit encore une autre limite qui dérive de la nature même des choses. En effet, la loi n'a pu faire que ce fait ne fût postérieur au vol, qu'il n'en fût indépendant ; elle n'a pu l'assimiler à l'assistance, à la coopération. De là plusieurs corollaires. En premier lieu, le fait de la complicité forme, en général, une circonstance aggravante des crimes et des délits, parce que l'association qu'elle suppose imprime à ces délits et à ces crimes un caractère plus grave. Or cette circonstance cesse d'être aggravante lorsque les deux complices sont, l'un l'auteur du crime, l'autre le recéleur ; car il ne résulte nullement d'une telle complicité que le vol ait été commis par plusieurs. La cour de cassation a jugé dans ce sens que deux individus prévenus, l'un d'avoir commis un vol la nuit, l'autre d'avoir recélé les objets volés, ne doivent subir que la peine du vol simple [1].

En second lieu, le recélé commis par un domestique d'objets volés à son maître par un tiers ne le rend passible que de la peine du vol simple, si ce vol a été commis sans circonstances aggravantes ; car ce recélé, postérieur au vol, ne peut changer de caractère, et la circonstance de la domesticité, personnelle au recéleur, ne peut dès lors exercer aucune influence sur l'auteur principal [2].

Enfin, il importe encore de remarquer que le recélé n'est point en lui-même un fait moral indivisible qui, relativement au vol auquel il se rattache, se consomme sans pouvoir être renouvelé ; c'est un fait matériel, caractérisé par l'intention, qui peut exister et se reproduire par différents actes. La cour de cassation a donc pu décider que l'accusé de complicité par recélé d'un vol peut, après avoir été acquitté de cette accusation, être placé de nouveau en prévention pour avoir recélé, postérieurement à cet acquittement, les effets provenant du même vol [3]. En effet, si cette nouvelle prévention porte encore sur un recélé qui se rattache au même vol, elle n'a pas pour base le même fait que celui qui a été l'objet du premier débat,

[1] Cass. 11 sept. 1828, Bull. p. 378.
[2] Cass. 16 avril 1818, Bull. p. 136 ; 22 juin 1832, Dall. 32. 1. 401.
[3] Cass. 29 déc. 1814, Bull. n° 47.

elle est relative à un fait postérieur à ce débat, et à l'acquittement qui s'en est suivi; ces deux faits sont distincts et indépendants : l'accusé peut avoir été acquitté sur le premier, sans qu'il puisse en résulter qu'il ne soit pas devenu coupable sur le second.

Telles sont les difficultés que la complicité par recélé a soulevées; cette matière était trop grave pour que nous ayons pu en omettre quelques-unes. En terminant ce chapitre, nous rappellerons encore deux règles qui s'appliquent à tous les modes de complicité.

220. La première est que les caractères généraux de la complicité que les art. 59, 60, 61 et 62 ont définis, et que nous avons successivement examinés dans ce chapitre, ne s'appliquent qu'aux crimes et délits, et nullement aux contraventions, sauf en matière de bruits et tapages injurieux; c'est ce qu'établissent formellement les textes mêmes de ces articles, et la jurisprudence n'a eu qu'à le proclamer [1]. Une dernière règle, enfin, est que les dispositions du code pénal relatives à la complicité s'appliquent à tous les genres de criminalité déterminés par les diverses lois pénales, même postérieures à ce code, parce que, suivant l'expression de la cour de cassation, « il est de droit naturel et public que le complice d'un crime ou d'un délit, s'il est coupable, doit être puni [2]. » Cette maxime exerce donc son empire tant qu'il n'y a pas été dérogé par une loi formelle ; elle forme le droit commun qui domine toutes les législations spéciales, à moins qu'une exception n'y soit écrite. La jurisprudence a appliqué ce principe aux délits de la presse [3] et au délit d'habitude d'usure [4], au crime de baraterie prévu par la loi du 10 avril 1825 [5], aux délits de chasse, sous l'empire de la loi du

[1] Cass. 21 avr. 1826, Bull. n° 80; cass. 11 sept. 1846, Bull. n° 240; Journ. du dr. crim. 1846, p. 297, art. 4017.

[2] Cass 14 oct. 1826, Bull. n° 207.

[3] Cass. 31 janv. 1817, Bull. n° 8, et cass. 25 avril 1844, Bull. n° 152.

[4] Cass. 14 oct. 1826, Bull. n° 270; 14 déc. 1838, Bull. n° 384; Journ. du dr. crim. 1839, p. 79, art. 234; 10 janv. 1845, Bull. n° 10; Journ. du dr. cr. 1845, p. 185, art. 3786.

[5] Cass. 16 septembre 1836, Bull. n° 300.

30 avril 1790 [1]. On trouve, au contraire, une exception formelle dans les art. 40, 41 et 43 de la loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention [2].

[1] Cass. 6 décembre 1839, Bull. n° 374.
[2] Cass. 26 juillet 1850, Bull. n° 237; 21 novembre 1851, *ibid.* n° 492.

CHAPITRE XIII.

DES EXCUSES. — DE L'EXCUSE D'AGE.

(*Commentaire des art. 66, 67, 68, 69, 70, 71 et 72 du C. pén.*)

221. Distinction des circonstances atténuantes, des excuses et des faits justificatifs.
222. Définition des faits d'excuse.

§ Ier. — *De l'excuse d'âge à l'égard des mineurs.*

223. A quel âge l'enfant était responsable de ses actes dans la loi romaine.
224. Dans notre ancienne jurisprudence.
225. Dispositions des lois étrangères sur ce point.
226. Impossibilité de fixer d'une manière absolue l'âge où doit commencer l'imputabilité.
227. Examen de la disposition qui fixe cet âge à 16 ans.
228. Proposition de reculer cette limite à l'âge de 18 ans.
229. Proposition de déclarer l'enfant entièrement irresponsable jusqu'à l'âge de 10 ans.
230. Résumé des règles générales de cette matière.
231. Proposition d'appliquer ces règles aux sourds-muets.
232. Examen de l'art. 66 : présomption favorable aux mineurs de 16 ans.
233. Excuse quand ils ont agi avec discernement.
234. Ils sont justiciables de la juridiction correctionnelle lorsqu'ils sont accusés de faits qualifiés crimes.
235. Que faut-il entendre par les individus âgés de moins de 16 ans?
236. Nécessité de poser la question de discernement quand l'accusé a moins de 16 ans.
237. Mode de constatation de l'âge de l'accusé.
238. Effets de l'acquittement du mineur qui a agi sans discernement. Caractère de la détention qui peut être prononcée contre lui.
239. Quelle doit être la durée de cette détention.
240. Effets de l'acquittement relativement aux frais.
241. Application de l'art. 66 aux délits prévus par les lois spéciales.
242. Application des peines modifiées. Questions qui y sont relatives.
243. Condamnations pécuniaires : la présence du tuteur n'est pas nécessaire.
244. Le mineur ne peut être soumis à la contrainte par corps.
245. Double compétence de la juridiction correctionnelle et de la cour d'assises en cas de crime.

§ II. — *De l'excuse d'âge à l'égard des vieillards.*

---

221. La criminalité des auteurs d'une action punissable peut se modifier d'après leur position personnelle, et d'après les circonstances qui ont accompagné cette action.

Cette criminalité s'affaiblit si la vie de l'accusé est restée pure jusqu'à son crime, s'il a été poussé à le commettre par les angoisses de la misère ou le délire de la passion, si son repentir et ses larmes l'ont expié déjà; cette atténuation prend un caractère plus grave, si l'agent a été provoqué par l'outrage, si la faiblesse de son âge lui voilait l'immoralité de son action, si une ivresse involontaire troublait sa raison; enfin, la criminalité s'efface entièrement s'il n'a fait qu'user du droit de légitime défense ou se conformer à l'ordre d'un supérieur, s'il était subjugué par une irrésistible contrainte, ou dominé par les égarements de la démence.

De là la distinction des circonstances atténuantes, des causes d'excuse et des faits justificatifs; un rapport intime lie entre elles ces diverses excuses, et toutefois une différence profonde les sépare.

Les circonstances atténuantes ne sont pas, comme les autres excuses, spécialement définies par la loi; tous les motifs qui affaiblissent la culpabilité de l'agent ou la criminalité de l'acte sont des circonstances atténuantes. Vagues et insaisissables, elles échappent aux prévisions de la loi, et leur appréciation est laissée au jury ou aux tribunaux correctionnels. Sans limites et sans exceptions, elles dominent toutes les dispositions du code, elles s'appliquent, pour en

diminuer les peines, à tous les crimes et délits. Nous n'avons point à nous occuper ici de ces causes d'excuse que, par une singulière inadvertance, le code a rejetées dans ses derniers articles (art. 463), au lieu de les réunir aux excuses légales.

Ces dernières excuses, que l'on qualifie *légales*, parce qu'elles sont spécialement définies par la loi, se divisent en *excuses* proprement dites et en *faits justificatifs*. Les excuses n'excluent pas l'imputabilité pénale, elles l'affaiblissent seulement, et l'effacent en partie; elles peuvent réduire la peine à de moindres termes, mais elles n'effacent pas entièrement la culpabilité : nous avons cité pour exemples la jeunesse des prévenus, la provocation involontaire, l'ivresse. Les faits justificatifs excluent toute intention criminelle; ils établissent l'innocence de l'agent, ils éloignent l'application de toute peine : tels sont la folie, l'obéissance à un supérieur dans l'ordre hiérarchique, la nécessité actuelle de la défense, l'alibi invoqué par le prévenu.

Dans quelques circonstances, il n'est pas sans difficulté de tracer des limites précises à cette distinction; les moyens d'excuse peuvent sembler se confondre avec les moyens de justification. Ainsi l'enfant qui a agi sans discernement est justifié, car il n'avait nulle intention criminelle; s'il a agi, au contraire, avec discernement, il n'est qu'excusé à raison de son âge. Ainsi le soldat qui n'a fait qu'exécuter les ordres de son chef est, en général, justifié; cependant, si ces ordres étaient tellement illégaux, qu'il ne dût pas visiblement y obéir, ils ne constituent qu'une excuse qui affaiblit la criminalité, mais sans l'anéantir. Le caractère distinctif des uns et des autres est dans leur effet même : si le fait allégué atténue la criminalité sans effacer le crime, on doit le considérer comme une excuse; s'il est de nature à détruire, au contraire, le crime lui-même, il rentre dans les causes de justification. Cette distinction a de l'importance dans la procédure, et nous y reviendrons plusieurs fois dans le cours de ce livre.

222. Nous nous occuperons d'abord des faits d'excuse, ensuite des faits justificatifs. Mais, pour suivre le plus fidèlement qu'il nous

est possible l'ordre du code, nous renvoyons à l'examen des diverses dispositions où elles sont exprimées, les excuses spéciales qui se rattachent à certains crimes ou délits [1]; il en sera de même de la provocation et de la légitime défense, causes d'excuse ou de justification spéciales aussi pour le meurtre et les coups et blessures, et dont le code ne s'est lui-même occupé qu'à raison de ces crimes.

Plaçons d'abord en avant, comme dominant toute cette matière, la règle générale que pose l'art. 65 : « Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans le cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. »

Les excuses n'étaient point définies sous l'ancienne législation; il en résultait que des questions étaient posées sur tous les faits que l'accusé invoquait pour sa défense, tels que l'ivresse, par exemple. C'est un abus que le législateur de 1810 a voulu proscrire. Les juges doivent aujourd'hui se renfermer dans les limites de la loi. Mais il est évident que cette règle a perdu la plus grande partie de sa puissance par l'admission du système des circonstances atténuantes, car toutes les excuses militent à la fois dans la déclaration qui proclame ces circonstances; seulement elles ne sont pas spécialement énoncées, elles se confondent dans la foule des motifs d'atténuation.

L'art. 65 n'a conservé d'importance, relativement aux excuses, que dans le seul cas où l'accusé proposerait des faits qui n'auraient pas ce caractère aux yeux de la loi; car, aux termes de l'art. 339 du code d'instruction criminelle, le président n'est tenu de poser la question, à peine de nullité, qu'autant que le fait constitue une excuse légale.

La jurisprudence a fait encore une application fréquente de cet article dans les matières spéciales où l'infraction est prouvée par le procès-verbal, et où cependant les juges ne peuvent se défendre de

[1] *Voy* les art. 100, 108, 114, 116, 135, 138, 163, 190, 213, 237, 247, § 2, 284, 288, 321, 322, 328, 329, 343, 348, § 2, 357, 370, 380, 441 et 463 du code pénal.

l'excuser, quand la bonne foi et l'ignorance des prévenus leur sont démontrées. La cour de cassation a constamment annulé de telles décisions, par le motif que la loi a déterminé les cas d'excuse, et que le juge ne peut en créer de nouveaux [1].

Enfin, cette règle ne s'applique pas seulement aux crimes et aux délits, comme on pourrait le supposer d'après ses termes restrictifs ; elle est générale, et comprend par conséquent jusqu'aux simples contraventions.

La première excuse légale, et la seule qui s'étende à tous les faits prévus par le code, est celle qui résulte de l'âge des prévenus : cette excuse a des effets différents selon qu'on l'applique à de jeunes enfants ou à des vieillards. Nous allons l'examiner dans deux paragraphes distincts.

§ Ier.

De l'excuse d'âge à l'égard des mineurs.

223. La raison de l'homme ne s'éveille pas douée tout à coup de toute sa puissance. Elle participe de la longue faiblesse du corps ; elle en suit pas à pas les progrès et les développements. Assoupie dans la première enfance, faible et vacillante chez les adultes, ce n'est que lorsque le corps a pris toute sa force que l'intelligence jette toute sa lumière. La conscience, où se développe le sens moral, se forme avec la même lenteur, mûrit son jugement avec la même peine et parcourt les mêmes degrés. Ce n'est enfin qu'après de longs essais et d'inhabiles efforts que l'intelligence parvient à saisir la portée et les suites d'une action, la conscience à en peser la valeur morale.

L'enfance, dans ses premières années, quand sa raison bégaye encore, ne peut donc être responsable de ses actes, car elle n'en a pas

[1] Cass. 15 niv. an IX, Bull. nº 88; 2 vend. an XI, Bull. nº 1; 30 oct. 1817, Bull. nº 103; 11 juin 1818, Bull. nº 76.

l'intelligence, elle n'en comprend pas la moralité. ***Infantem innocentia consilii tuetur.***

Mais à quelle époque se développe son intelligence et s'éclaircit sa raison ? A quel âge la loi doit-elle faire peser sur l'enfant la responsabilité de ses actes? Telle est la grande et difficile question dont toutes les législations ont tenté la solution.

La loi romaine avait essayé de marquer les degrés progressifs que parcourt l'intelligence de l'homme : l'enfance proprement dite durait jusqu'à sept ans, et jusqu'à cet âge elle était protégée de plein droit ***ob innocentiam consilii*** [1]. La même présomption couvrait encore l'enfant jusqu'à dix ans et demi (et neuf ans et demi chez les femmes), car jusqu'à cet âge il était encore considéré comme proche de la première enfance, ***proximus infantiæ***, et incapable d'une pensée criminelle, ***non doli capax*** [2]; mais, si la même présomption continuait de l'accompagner jusqu'à l'âge de puberté (12 ou 14 ans, suivant son sexe), la preuve contraire était alors admise, suivant la maxime ***malitia supplet ætatem***, et l'impubère pouvait être puni ***si proximus puberbati sit et ob id intelligat se delinquere*** [3]. Toutefois la peine était moindre : ***Pupillus mitiùs punitur*** [4]. Depuis la puberté jusqu'à dix-huit ans, où le pubère devenait mineur, et même jusqu'à vingt-cinq ans, époque de la majorité, la loi n'établissait plus d'autre différence que dans la quotité et la nature de la peine, toujours plus faible pour les mineurs [5]. Il faut ajouter que ces différentes distinctions étaient muettes et sans puissance dans les crimes atroces; la loi présumait que l'immoralité de ces crimes devait frapper l'intelligence même d'un enfant.

[1] Gaius, lib. 3, § 109; l. 22, Dig. de lege Corneliâ de falsis; l. 8, § 1, Dig. de injuriis.

[2] Farinacius, quæst. 92, nos 4 et 5; Tiraqueau, de pœnis temp., n° 28.

[3] Instit. IV, 1, § 18; l. 23, Dig. de furtis; l. 3, Dig. de reg. juris.

[4] L. 14, Dig. de Sen. Cons. Sillan.

[5] L. 7, C. de pœnis; l. 37, Dig. de minoribus; l. 1, Dig. ad Sillan.

224. Notre ancienne jurisprudence avait à peu près conservé les règles tracées par les jurisconsultes romains[1]. On trouve dans le Journal des audiences un arrêt du 16 mars 1630 qui infirme un décret de prise de corps décerné contre un impubère, âgé de onze ans et six mois, et prévenu de meurtre. Les auteurs citent plusieurs autres arrêts rendus dans le même sens, et qui font défense de procéder extraordinairement contre les impubères à l'avenir[2]. On rapporte même un arrêt du 3 mars 1661 qui condamne un écolier de 15 ans, coupable de meurtre, en une amende de 120 livres parisis, applicable au pain des prisonniers de la Conciergerie, et à 800 livres parisis d'intérêts civils. C'était plutôt une réparation civile qu'une peine. Cependant, au cas de vol, l'usage était d'arrêter les impubères et de les retenir en prison, à cause des complices; on les condamnait même quelquefois, et dans les cas les plus graves, d'après la maxime romaine *malitia supplet ætatem*, au fouet sous la custode, ou à être enfermés à temps ou pour toujours, même à être exposés à une potence, pendus sous les aisselles, suivant les circonstances[3]. Le code pénal de 1791 a établi le premier les atténuations pénales que notre code a perfectionnées.

225. La législation anglaise, de même que la loi romaine, pose en principe qu'au-dessous de 7 ans un enfant ne peut être l'objet d'aucune poursuite. Depuis cet âge jusqu'à 14 ans, il est, suivant l'expression du statut anglais, *primâ facie doli incapax*, mais il est sujet à la maxime *malitia supplet ætatem;* néanmoins les peines sont moins rigoureuses à son égard. Depuis 14 ans, le mineur perd le bienfait de cette présomption favorable, et devient passible des mêmes peines que le majeur. La loi n'a introduit une exception à cette règle, jusqu'à l'âge de 21 ans, qu'à l'égard de certaines contraventions qui consistent dans des omissions de faire (consisting of mere

[1] Muyart de Vouglans, p. 27; Rousseaud de la Combe, p. 59; Jousse, t. 2; Pastoret, Lois pénales, t. 2, p. 148.

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.*

non feazance), parce que le mineur de 21 ans, n'ayant pas la disposition de ses biens, ne pourrait satisfaire à l'amende [1].

Dans le droit commun allemand, l'âge de 14 est celui où commence la responsabilité [2]. Dans le code pénal autrichien, par une disposition empruntée à la loi romaine, les actions punissables des enfants qui n'ont pas accompli leur dixième année sont abandonnées à la correction domestique. Aucune responsabilité pénale ne pèse sur eux. Depuis onze jusqu'à quatorze ans, les délits qu'ils commettent ne sont considérés et punis que comme des infractions de police. Mais, de même que dans la loi anglaise, ces distinctions cessent à cette époque, et les enfants de plus de 14 ans encourent les mêmes peines que les hommes mûrs [3]. [[Dans le code pénal de Bavière, l'enfant est irresponsable jusqu'à l'âge de 8 ans; de 8 à 12 ans, il n'est puni, même pour crime volontaire, que d'un châtiment corporel ou d'un emprisonnement de 2 jours à 6 mois; de 12 à 16 ans, le crime qu'il commet, lorsqu'il est susceptible d'imputabilité, ne donne lieu qu'à une peine qui est commuée et mitigée; après seize ans révolus, l'âge cesse d'être une cause d'atténuation de la peine [4]. Dans le code pénal d'Espagne, l'enfant est irresponsable jusqu'à 9 ans, et la peine est atténuée jusqu'à 18.]]

Le code du Brésil et le code du Piémont ont tracé des limites plus profondes. Au-dessous de 14 ans, les mineurs ne sont point considérés comme coupables des crimes qu'ils ont commis; seulement ils sont tenus de réparer sur leurs biens le préjudice qu'ils ont causé; et, s'il est prouvé qu'ils ont agi avec discernement, ils peuvent être renfermés dans des maisons de correction. A 14 ans, la présomption favorable cesse pour le mineur; mais, s'il est reconnu coupable, le juge peut lui infliger une peine inférieure d'un tiers à la peine réservée au crime. Enfin, jusqu'à 21 ans, son âge seul constitue une circon-

[1] Blakstone, Comm. sur le code crim. d'Angleterre, t. 1, p. 29; Henry Stephen, Summary of the criminal law, p. 3.

[2] Miroir de Souabe, art. 119 et 150; Caroline, art. 164 et 179.

[3] Cod. pén. génér. d'Autriche, 1re part., art. 2, et 2e part., art. 4.

[4] Code pénal de Bavière, art. 98, 99 et 120.

stance atténuante qui doit entraîner une diminution des châtiments.

Nous nous arrêterons encore sur le projet du code de la Louisiane. Nul acte commis par un enfant au-dessous de dix ans ne peut être incriminé. Nul acte commis par un enfant de 10 à 15 ans ne peut constituer un délit, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il avait assez de discernement pour connaître la nature et l'illégalité de cet acte[1]; même dans l'intervalle de ces années, il est excusé, s'il a commis le crime sur l'ordre ou d'après les instigations des personnes qui ont autorité sur lui. Enfin, au-dessus de quinze ans, et jusqu'à la majorité, la peine est réduite à moitié, et cette peine est commuée en un apprentissage sous la surveillance du gardien de la prison d'État, qui le fait instrnire dans une profession.

Si nous résumons ces diverses législations, nous trouverons qu'elles fixent un âge d'irresponsabilité pour l'enfant. Cet âge s'étend à 10 ans 1/2 dans le droit romain, à 7 ans dans la loi anglaise, à 10 ans dans le code autrichien et dans celui de la Louisiane, enfin jusqu'à 14 ans dans la loi du Brésil; d'une autre part, l'époque où la présomption favorable à l'enfant cesse de militer en sa faveur est à 14 ans dans les lois romaines et dans les lois modernes d'Angleterre, d'Autriche et d'Italie, à 15 ans aux États-Unis et en Espagne. Quelques législations ont livré ces questions à la sagacité des juges, en les chargeant de mesurer les peines suivant l'intelligence des prévenus.

226. Recherchons maintenant les principes qui doivent déterminer la solution de cette question.

Et d'abord, il faut reconnaître en fait qu'il est impossible de fixer une borne certaine entre la légèreté de l'enfant et la maturité de l'homme, de calculer l'époque précise où la raison commence à éclairer nos actions, où l'intelligence en pèse les conséquences, où la conscience en juge la moralité. La diversité des décisions des législateurs sur ce point en offre déjà une première preuve.

[1] « To know the nature and illegality of the act which constituted the offence. » (Art. 29 et 30 code of crimes and punishments.)

Et comment prétendre à un résultat exact, lorsque nos moyens d'observation sont nécessairement incomplets? En effet, quels sont les moyens d'apprécier le degré d'intelligence d'un enfant? Cette appréciation ne peut se faire que par voie d'induction. C'est par la comparaison des idées et des actes de l'enfant avec nos actes et nos idées, que nous jugerons s'il comprend le mal, s'il discerne le bien. C'est d'une réponse de cet enfant à nos questions que nous tirons la conséquence que sa pensée a dû concevoir avec la même exactitude une autre question; mais combien ces rapports peuvent être erronés, ces déductions illusoires! Comment pénétrer dans le sanctuaire de la conscience? Comment constater si l'intelligence même n'a pas devancé le sens moral, si l'action commise même avec discernement n'a pas été commise dans l'ignorance du mal moral qu'elle produisait?

Blakstone rapporte un exemple qui vient à l'appui de ces réflexions. Deux enfants, l'un de neuf ans, l'autre de dix ans, avaient été condamnés pour meurtre, et le plus âgé fut exécuté, parce que, après l'action, au lieu de se cacher lui-même, il avait pensé à cacher le cadavre. Les juges virent dans cette action la preuve d'un parfait discernement; mais combien cette induction était incertaine et périlleuse, surtout, ajoute M. Rossi, qui a reproduit ce fait, s'il n'était pas prouvé que cet enfant eût songé d'avance aux moyens de cacher le corps du délit? Car il ne faut pas confondre l'horreur et la peur qu'une action criminelle inspire à un enfant après qu'il l'a commise, lorsqu'il voit devant ses yeux le résultat de cette action, avec la connaissance préalable et distincte de la nature et des conséquences du fait qu'il va commettre. Si l'emploi du seul moyen qui existe d'apprécier l'intelligence d'un enfant présente quelques dangers, alors même que son application se fait individuellement, on doit en conclure qu'il est bien plus dangereux de poser une règle générale qui détermine à l'avance un âge d'irresponsabilité et un âge de responsabilité [1].

Les enfants diffèrent entre eux par l'intelligence autant que par le physique. La nature a mis des degrés divers dans les facultés dont elle les a dotés. Ces facultés reçoivent de leur position sociale et de

[1] Traité du dr. pén., t. 2.

l'éducation des développements plus ou moins grands, plus ou moins rapides. Tel enfant dont l'esprit aura été exercé, dont le jugement aura été cultivé, pourra comprendre dès l'âge de six ans l'immoralité d'une action, la criminalité d'un fait. Tel autre, et du même âge, végétant dans les langes d'une grossière ignorance, ne se rendra compte ni du caractère de l'action, ni de ses conséquences. Le développement de l'enfant varie en raison de son organisation physique, en raison de la culture qu'on donne à son intelligence, en raison même des climats sous l'influence desquels il se trouve. Celui dont l'éducation a été négligée, dont le développement physique a été tardif, doit-il porter devant la justice la peine d'une position déjà si misérable? Le châtiment doit-il le frapper plus rigoureusement parce qu'il a été plus malheureux? Comment l'assimiler sans injustice, lui dépourvu des moyens de connaître le bien et le mal, à l'enfant qui a vu luire pour ainsi dire avec la lumière les notions de la morale et les principes sociaux?

De ces considérations nous déduirons deux conséquences qui nous semblent parfaitement exactes : c'est qu'il est impossible d'établir avec précision le moment où la raison rend légitime la responsabilité morale de l'homme; c'est que l'application de cette responsabilité doit se faire, moins d'après une règle générale, que dans chaque cas individuel et d'après l'ensemble des faits.

Un corollaire rigoureux de cette double conséquence est qu'il ne faudrait établir aucune règle, et que le juge devrait demeurer le maître de proclamer le résultat de l'impression produite sur sa conscience par les débats du procès. Peu importerait l'âge de l'enfant, qu'il eût plus ou moins de 16 ans; le juge, pour apprécier son intelligence, n'aurait d'autre base que le fait lui même, en faisant abstraction de toute distinction légale.

Tel n'est cependant pas le système que nous cherchons à établir. Il nous suffit de conclure de ce qui précède, que toute règle absolue sur l'âge où l'imputation doit commencer ne peut être qu'inexacte.

227. Ce n'est point non plus une limite inflexible entre l'enfance et l'âge mûr qu'il s'agit d'élever; la loi doit se borner à couvrir les actes de l'enfance par une présomption d'innocence : cette présomp-

tion favorable, qui la protége et la défend, satisfait à toutes les exigences de la justice. En effet, personne ne conteste l'irresponsabilité des enfants dans leurs premiers ans; mais plus ils avancent en âge, plus cette excuse devient douteuse et s'affaiblit. Elle forme d'abord une preuve dirimante de l'innocence des prévenus; elle se change ensuite en une simple présomption; enfin le moment arrive où cette présomption même doit disparaître, c'est lorsque l'enfant est devenu adulte, que sa raison a mûri, que ses facultés se sont développées, que son intelligence et son sens intime lui révèlent la moralité des actions. La présomption se tourne alors contre lui : on peut supposer qu'il a agi avec connaissance du crime.

La limite entre ces deux présomptions, quoique ni l'une ni l'autre n'emportent preuve d'innocence ou de culpabilité, est d'une haute importance, parce que la première laisse à l'accusation à prouver que le prévenu, quand il est d'un certain âge, non-seulement a commis le crime, mais l'a commis avec discernement; parce qu'elle appelle l'attention des juges sur la question de culpabilité dans ses rapports avec l'âge de l'agent au moment du délit; enfin, parce qu'elle environne les mineurs d'une prévention favorable, et qu'elle fait de leur âge un motif d'excuse et même de justification.

Cette distinction est importante encore parce que, dans le cas même où un adulte aurait agi avec discernement, on doit lui tenir compte de la légèreté et de l'irréflexion qui sont les compagnes ordinaires de son âge; on doit mettre dans la balance de la peine son inexpérience, la promptitude avec laquelle ses actions bonnes ou mauvaises sont commises, et l'activité de ses jeunes passions. Le châtiment doit être moindre, et dans sa durée et par sa nature. Il est donc nécessaire de fixer une époque jusqu'à laquelle se prolonge cet adoucissement de la peine.

Notre code pénal a placé cette époque à l'âge de seize ans (art. 66); et, suivant un célèbre professeur [1], aucun fait n'autorise à réclamer contre cette décision.

[1] M. Rossi, t. 2, p. 151.

Cependant M. Rossi lui-même a remarqué qu'en cherchant à déterminer le point de séparation entre l'âge favorisé par la présomption d'irresponsabilité et celui sur lequel pèse la présomption contraire, il convient d'étendre la première période un peu au delà de la limite indiquée par l'observation et des résultats statistiques. En effet, la règle posée par la loi n'étant qu'une formule générale tirée d'un certain nombre de cas particuliers, et n'étant point l'expression d'une vérité absolue, le législateur doit laisser les chances d'erreur du côté de la présomption favorable plutôt que du côté opposé. Qu'importe, au fond, si quelques jeunes gens ne subissent qu'une punition inférieure à la peine ordinaire? Mais ce serait une chose déplorable qu'un jugement qui flétrirait injustement la vie d'un jeune homme, et frapperait de la peine réservée au crime les premiers égarements de la jeunesse.

A la vérité, les présomptions établies par la loi relativement à l'âge de l'accusé n'enlèvent point aux juges le droit de proclamer que l'accusé a agi sans discernement, et de l'absoudre quel que soit son âge; mais il faut reconnaître que l'opinion du législateur exerce une grave influence sur l'esprit des juges et des jurés. Ils seront naturellement portés à appliquer à l'accusé qui a dépassé seize ans la présomption défavorable établie par la loi; ils seront moins disposés à faire une appréciation particulière du discernement qui a guidé l'action de l'accusé.

Sans doute on serait mal fondé à prolonger jusqu'à la majorité civile le cours de la présomption favorable. Il est évident que l'intelligence du bien et du mal se développe dans l'homme avant qu'il ait acquis la capacité nécessaire pour gérer ses affaires. Aussi ne s'agit-il pas de reporter à vingt-un ans la limite fixée aujourd'hui à seize; mais entre ces deux époques serait-il donc impossible de tracer une ligne nouvelle, d'essayer une distinction?

Remarquons, en premier lieu, que nous sommes loin de vouloir écarter de la tête des jeunes accusés le châtiment qu'ils ont mérité; il ne s'agit que de continuer, pendant une ou deux années de plus, la présomption favorable qui ne les accompagne que jusqu'à seize

ans. Or rendons-nous compte, d'après nos propres observations, de la situation morale d'un jeune homme de cet âge ; il a sans doute l'intelligence de ses actions , il a la conscience du bien et du mal, il comprend les faits auxquels il se livre, il est doué d'une raison assez puissante pour s'abstenir. Mais ce discernement, tel qu'on veuille le supposer, c'est celui d'un âge inexpérimenté, et non d'un âge mûr. Ne faut-il pas faire une part à la jeunesse pour l'emportement avec lequel elle conçoit ses projets, pour la légèreté avec laquelle elle les exécute? Pense-t-on qu'à l'âge de seize ans la raison soit toujours assez froide, l'imagination assez maîtrisée, l'esprit assez lucide, non pour comprendre le crime, mais pour en calculer les suites et les périls ? Donnons donc à cette fougue, à cette impatience, à ces passions qui trop souvent à cet âge voilent l'intelligence et étouffent la voix de la conscience, non l'impunité, mais une peine moins rigoureuse; cherchons-y, non la justification du crime, mais l'excuse qui l'atténue.

228. Dans le cours des discussions relatives aux modifications du code pénal, un député proposa de reculer jusqu'à dix-huit ans l'époque où la question de discernement doit être posée. « La disposition du code, disait-il, me paraît cent fois plus absurde et plus barbare que la peine de mort elle-même, car elle peut avoir pour effet de faire appliquer cette peine à un enfant. Le code pénal, en fixant à seize ans l'âge auquel est attachée la présomption légale que *l'accusé a agi avec discernement*, me paraît avoir complétement méconnu les lois qui président au développement de l'intelligence humaine. Il n'est pas vrai qu'un jeune homme de seize ans ait le bon sens de la réflexion qu'il aura dans un âge plus avancé; il n'est pas vrai qu'il ait sur ses passions l'empire qu'il acquerra probablement sur elles avec quelques années de plus ; et lors même qu'on me citerait l'exemple d'individus de cet âge chez qui se seraient rencontrés l'instinct qui pousse au crime, les combinaisons qui en calculent l'exécution, la férocité qui étouffe le remords, je répondrai que la question n'est pas de savoir si toutes ces circonstances peuvent se rencontrer ou même se rencontrent ordinairement chez les criminels de seize ans, mais, au

contraire, de savoir s'il n'est pas quelques cas, quelque rares qu'ils puissent être, où ces mêmes circonstances ne se rencontrent pas. Voilà, ce me semble, comment la question doit être posée [1]. »

On sait que cet amendement ne fut point adopté. Mais les motifs qui l'appuyaient sont restés sans réponse, et nous les croyons assez graves pour appeler un jour sur cette question l'attention du législateur.

Un dernier argument peut se puiser dans l'article 22 du code pénal, qui exemptait les mineurs de l'exposition, non jusqu'à l'âge de seize ans seulement, mais jusqu'à l'âge *de dix-huit ans*. Le législateur avait donc reconnu lui-même que l'âge de seize ans ne peut former une majorité absolue en matière criminelle, et, dans le cas spécial de l'exposition, il avait cru devoir y déroger. Mais cette dérogation ne prouve-t-elle pas déjà que le principe du code ne répond pas à tous les besoins de la justice?

Et puis pourquoi cette exception à l'égard de la seule peine de l'exposition? N'y avait-il pas les mêmes motifs de l'étendre à la peine de mort, et peut-être même encore aux peines perpétuelles? « Si la peine de mort, a dit un professeur étranger que nous avons plusieurs fois cité, est encore une triste nécessité, du moins elle doit être restreinte à un très-petit nombre de cas. La vivacité des passions qui animent la jeunesse; l'absence, à cet âge, d'une perversité endurcie; la certitude de parvenir à l'amendement de l'accusé, tout commande à la société d'user d'indulgence envers de pareils coupables, et de ne pas les envoyer au supplice. La peine de mort exécutée sur des individus de cet âge serait un acte affligeant pour l'humanité, et qui n'aurait jamais l'assentiment de la conscience publique : *Miseratio ætatis ad mitiorem pœnam judicium producere debet*. On objectera peut-être le système des circonstances atténuantes et l'exercice du droit de grâce. Mais, si l'on doit convenir que dans aucun cas la peine de mort ne doit être appliquée à de jeunes criminels au-dessous de l'âge indiqué, pourquoi la loi ne le

[1] Discours de M. Teulon, Code pénal progressif, p. 190.

déclarerait-elle pas formellement[1] ? » Au reste, cette exception se trouve déjà consacrée par plusieurs législations : les codes de Parme, de Naples, de Piémont et d'Espagne, défendent de prononcer la peine de mort contre des individus qui n'ont pas encore accompli leur dix-huitième année, et le code de Piémont exige même que le coupable soit âgé de vingt et un ans, pour que cette peine puisse être appliquée, sauf dans les cas de crime atroce.

Les mêmes raisons pourraient encore être alléguées à l'égard des peines perpétuelles appliquées à des mineurs de dix-huit ans : car, d'une part, la jeunesse du coupable atténue nécessairement sa faute, et, d'un autre côté, cette jeunesse elle-même ne fait qu'aggraver la mesure d'une peine qui saisit le coupable à son entrée dans la vie et le suit jusqu'au tombeau. Un autre motif vient militer encore pour une atténuation : c'est l'inégalité d'une peine perpétuelle appliquée à la fois à un mineur de 18 ans et à ses complices plus âgés [2].

[1] M. Haus, t. 1, p. 216.

[2] Ce dernier motif est énergiquement développé dans *les Pensées d'un Prisonnier*, liv. 1, chap. 7, *des peines perpétuelles :* « Un crime a été commis, et deux misérables y ont pris part ; quelle peine leur allez-vous infliger ? une peine égale, n'est-ce pas ? C'est fort bien. Cependant l'un des deux a conçu, résolu, préparé, suggéré le crime ; l'autre y a seulement aidé. N'y faites-vous pas de différence ? — Non, la loi n'en fait pas : le complice du crime sera puni comme son auteur. — C'est fort bien. — Et cette peine égale, enfin, quelle est-elle ? les galères à perpétuité ? — A perpétuité. — Pour l'un et pour l'autre ? — Pour l'un et pour l'autre. — Attendu que la peine doit être égale, n'est-il pas vrai ? — Oui, parce que la peine doit être égale. — C'est fort bien. Mais ils sont d'âges inégaux. — Je ne puis rien à cela. — L'un n'a que 20 ans, l'autre en a 60. — Je ne puis rien à cela. — Et celui qui en a 60 est l'instigateur du crime. — Je ne puis rien à cela. — Et l'instigateur du crime est incomparablement plus coupable que le jeune insensé dont il a séduit et égaré l'inexpérience. — Je ne puis rien à cela. — Vous n'y pouvez rien, juste Dieu ! Mais le plus coupable, qui va mourir tout à l'heure, n'aura eu que quelques jours de galères, et le moins coupable, qui n'est qu'au commencement de sa vie, en aura de vos galères durant 50 ans ! Et voilà ce que vous appelez des peines égales ! et voilà pour quelle égalité merveilleuse vous condamnez uniformément à perpétuité ! »

Tels sont les principaux motifs qui semblent se réunir pour reporter à l'âge de 18 ans l'excuse attachée à la jeunesse, et la présomption favorable qui oblige à résoudre la question de discernement avant l'application de toute pénalité. Cette question avait trop d'importance pour qu'il nous fût permis de la passer sous silence : il importait d'ailleurs d'appeler l'attention sur les doutes graves qui se sont élevés à ce sujet. Mais on doit le dire en terminant, c'est avec quelque hésitation que nous avons exprimé une opinion qui, quoiqu'elle nous paraisse fondée, ne doit pas cependant s'appuyer uniquement sur des considérations morales et les déductions plus ou moins rigoureuses qu'il est possible d'en tirer. C'est dans l'observation des faits que cette opinion doit surtout puiser sa force, et c'est à cette observation que le législateur doit particulièrement s'astreindre. Mais jusqu'ici les statistiques criminelles n'ont présenté sur ce point que des documents incomplets, et les faits particuliers que nous avons pu recueillir sont trop peu nombreux pour qu'il soit possible de leur assigner le caractère de certitude d'un fait général.

229. Il est une autre distinction encore sur laquelle notre code est muet, et que réclament cependant à la fois la justice et l'humanité.

Il est un âge où l'innocence de l'agent est une certitude ; cet âge est la première enfance. La loi ne doit pas livrer à la justice des enfants dans lesquels il est impossible de supposer un discernement quelconque de l'action qu'ils ont commise. Elle ne doit pas permettre que leur vie soit flétrie à l'avance par un jugement public, lorsque leur innocence est évidente.

« Il est, a dit M. Rossi, entre le jour de la naissance d'un homme et l'âge de 16 ans, un point où la présomption d'innocence s'affaiblit assez pour que l'acte individuel mérite d'être examiné. Mais, avant d'atteindre ce point, la présomption d'innocence est tellement forte, qu'elle doit dominer sans partage et ne point admettre d'examen. Placer sur la sellette un enfant qui n'a pas huit ou neuf ans accomplis, c'est un scandale, c'est un acte affligeant qui n'aura jamais l'assentiment de la conscience publique. C'est une

éducation qu'il faut donner à ces petits infortunés ; on ne peut songer à leur infliger une peine. Qui pourrait la prononcer avec une parfaite conviction de la culpabilité de l'accusé ? Qui pourrait affirmer que la condamnation ne serait pas un mouvement de haine contre le fait en soi, plus encore qu'une appréciation impartiale de la culpabilité de son auteur [1] ? »

Au reste, cette disposition ne serait une innovation que dans notre législation. Nous avons rappelé plus haut que le droit romain et la loi anglaise plaçaient jusqu'à l'âge de sept ans les enfants à l'abri de toute poursuite. Le code pénal d'Autriche a été plus loin encore : il abandonne à la correction domestique les enfants qui n'ont pas atteint leur dixième année, quels que soient les délits dont ils sont accusés. Le législateur de la Louisiane a adopté cette dernière limite ; le projet de ce code pénal déclare que nul acte commis par un individu au-dessous de l'âge de dix ans ne peut être un délit La plupart des codes nouveaux ont accepté une disposition analogue.

L'assentiment des législateurs proclame donc comme un fait qu'il est un âge (que cet âge se termine à sept, neuf ou dix ans) où l'enfant est irresponsable de tous ses actes. Et, en effet, on ne peut méconnaître qu'à cette époque de la vie l'enfant, même le plus intelligent, n'a qu'une perception incomplète de l'action qu'il commet. Sans doute cette règle peut n'être pas d'une vérité absolue ; sans doute quelques cas exceptionnels pourront être signalés : mais la sûreté publique ne sera point compromise, par cela seul que quelques coupables de cet âge échapperaient à la répression qu'ils auraient méritée ; et l'on ne doit pas se hâter de flétrir dans son germe la vie de ces jeunes enfants dont il est difficile de prouver la criminalité.

Lors de la révision du code pénal, cette vue morale avait fixé l'attention de la chambre des pairs. La commission de cette chambre avait rédigé un amendement ainsi conçu : « Si l'individu est âgé de moins de douze ans, le tribunal pourra ordonner, sur la réquisition du ministère public, que le jugement aura lieu en la chambre du

[1] Traité du dr. pén., t. 2, p. 156.



conseil, les parents du prévenu dûment appelés, et en présence de son conseil. » On disait à l'appui : « La loi ne nous a pas paru avoir tout prévu ; il y a un âge auquel le discernement ne peut être mis en question. On ne peut le dire dans la loi, car il diffère selon les individus ; mais c'est une chose tout à fait affligeante que de voir paraître sur les bancs des cours d'assises ou de la police correctionnelle de malheureux enfants. La commission a cru parer à cet inconvénient en établissant un âge au-dessous duquel le tribunal pourrait ordonner que le jugement n'aurait pas lieu en audience publique, mais en chambre du conseil. Elle a fixé l'âge de douze ans ; elle a pensé que lorsque l'accusé avait moins de douze ans, il ne pouvait y avoir intérêt pour la société à faire paraître cet enfant devant le public [1]. » Néanmoins cette proposition fut écartée par le motif que le droit commun veut que les débats et le jugement soient publics en matière criminelle, que la charte n'a autorisé d'exception à cette règle que dans le seul cas où l'ordre ou les mœurs seraient compromis par la publicité, et que, s'il n'est pas douteux que le jugement d'enfants de moins de douze ans ne puisse dans beaucoup de cas compromettre les mœurs publiques, il suffit que la sagesse des magistrats puisse concilier le principe de la publicité des débats avec les égards qui sont dus à l'enfance [2].

Au reste, cette proposition, quoiqu'elle fût fondée sur les motifs les plus légitimes, n'aurait point atteint, ce nous semble, le but que les auteurs paraissaient désirer ; car elle n'eût point sauvé l'enfant accusé de la contagion du vice, de la lèpre des prisons ; elle ne l'eût point préservé de la flétrissure morale dont un jugement peut irréparablement empreindre de jeunes imaginations, et, en lui ôtant les garanties de la publicité de l'audience, elle n'eût point empêché la publicité du jugement. Le but de la chambre des pairs n'aurait été atteint qu'en fixant une limite jusqu'à laquelle les actes de l'enfance n'auraient pu être incriminés.

Cette limite doit-elle s'arrêter à sept, à neuf ou à dix ans ? C'est

[1] Observations de M. Decazes, Code pénal progressif, p. 191.

[2] Observations de M. Renouard (Moniteur du 20 mars 1832).

à ce premier point de fait que se résume toute la difficulté. M. Rossi a proposé l'âge de neuf ans; nous croyons qu'il y aurait peu d'inconvénients à la reculer jusqu'à dix ans. Deux codes étrangers ont adopté cette règle, et dans les climats où règnent ces codes le développement de l'enfance est en général plus actif et plus précoce qu'en France.

230. Résumons-nous sur ces principes généraux. La théorie de la matière peut se traduire tout entière dans trois règles également importantes : irresponsabilité de la première enfance jusqu'à l'âge de neuf ou de dix ans; présomption d'innocence jusqu'à l'âge de seize ou de dix-huit ans, et dès lors nécessité d'une question sur le discernement; enfin, atténuation de la peine jusqu'à la même époque dans le cas même où le prévenu a agi avec discernement. Ces trois principes nous semblent renfermer toutes les garanties que l'humanité peut suggérer en faveur des prévenus. Notre code n'a consacré que les deux derniers, et encore a-t-il limité leur empire à l'âge de seize ans; mais, même resserrés dans ces bornes, on ne peut méconnaître le bienfait de leur influence, et l'on doit répéter qu'une mûre appréciation des faits pourrait seule autoriser à les élargir.

231. Avant d'arriver à l'examen de ces dispositions, qu'il nous soit permis de placer ici une observation qui ne sera pas sans quelque intérêt : c'est qu'on doit peut-être regretter que la présomption d'innocence, qui protége les accusés de moins de seize ans, n'ait pas été étendue jusqu'aux *sourds-muets*.

Ces infortunés, dont la plupart sont encore dépourvus de toute instruction, n'ont qu'un développement incomplet des facultés mentales; leur intelligence bornée et confuse ne reçoit que les leçons incertaines qui éclairent l'enfance; les notions du bien et du mal, les rapports du délit et de la peine n'arrivent qu'avec peine jusqu'à leur esprit [1]. Ceux même que le bienfait d'une merveilleuse éducation a rendus à la société n'atteignent que rarement le degré de développement intellectuel qui permet la perception des idées abstraites et la

[1] Traité des maladies de l'oreille et de l'audition, par M. Itard, t. 2.

science des devoirs sociaux : telles sont toutes les abstractions des objets dont les individualités ne frappent aucun des sens, le *droit*, l'*obligation*, la *possibilité*, la *nécessité*, etc. [1]. Enfin, l'expérience atteste que les individus atteints de surdi-mutité sont enclins à la colère, à la fureur, à la jalousie ; la plus légère cause d'excitation leur fait perdre leur empire sur eux-mêmes, et l'éducation ne réprime qu'incomplétement cette disposition [2]. Suffit-il, d'ailleurs, qu'un sourd-muet sache que tel fait est répréhensible et entraîne une punition, pour qu'on doive le traiter suivant toute la rigueur des lois ? ne serait-il pas équitable de prendre en considération l'absence ou la faiblesse de différents motifs qui exercent une puissante influence sur l'esprit et la volonté de l'homme, tels que la honte attachée au crime et au châtiment, la crainte du déshonneur, le besoin de l'estime publique ? Autrement les sourds-muets, déjà si disgraciés de la nature, seraient traités par leurs semblables avec plus de sévérité que ceux qui jouissent de l'intégrité de tous leurs sens [3].

Il résulte de ces observations que la surdi-mutité modifie singulièrement la responsabilité en matière criminelle, et que dès lors il serait juste de poser à l'égard des sourds-muets la même question sur le discernement que la loi autorise à l'égard des accusés de moins de seize ans.

232. Nous passons à l'examen des dispositions de la loi.

L'article 66 est ainsi conçu : « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté ; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année. »

On lit dans l'exposé des motifs : « Le code détermine l'influence

[1] Médecine légale relative aux aliénés, ou les lois appliquées aux désordres de l'intelligence, par Hoffbauer, traduit de l'allemand, p. 223.

[2] *Ibid.*, p. 211 et 213.

[3] Leçons de médecine légale, par Orfila, t. 2, p. 171.

de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines. Il s'occupe, d'abord, de celui qui, au moment de l'action, n'avait pas encore seize ans. On se rappelle que l'art. 340 du code d'instruction criminelle a décidé qu'à l'égard de l'accusé qui se trouverait dans cette classe, la question de savoir s'il a commis l'action avec discernement serait examinée. Les dispositions actuelles règlent ce qui doit être ordonné d'après le résultat de l'examen. Si la décision est négative, l'accusé doit nécessairement être acquitté; car il serait contradictoire de le déclarer coupable d'un crime, et de dire en même temps que ce dont il est accusé a été fait par lui sans discernement. Les juges prononceront donc qu'il est acquitté; mais ils ne pourront pas le faire rentrer dans la société, sans pourvoir à ce que quelqu'un ait les regards fixés sur sa conduite : ils auront l'option de le rendre à ses parents, s'ils ont en eux assez de confiance, ou de le tenir renfermé durant un espace de temps qu'ils détermineront. Cette détention ne sera point une peine, mais un moyen de suppléer à la correction domestique, lorsque les circonstances ne permettront pas de le confier à la famille. »

Ces lignes exposent avec clarté le système et le but de la loi. Une présomption d'innocence est établie par le premier article en faveur des prévenus qui n'ont pas atteint l'âge de seize ans ; cette présomption oblige à poser une question sur leur discernement, et, si cette question est résolue négativement, ils sont non pas absous, mais pleinement *acquittés;* la loi les remet à la correction domestique. La détention que les juges peuvent, même dans ce cas, leur imposer, n'est donc point une peine, mais un moyen de suppléer à cette correction. Nous suivrons plus loin l'application de ces principes que la jurisprudence a quelquefois méconnus.

233. Après la présomption favorable qu'elle créait en faveur de ces prévenus, la loi a placé l'excuse dans le cas même où ils auraient agi avec discernement. Les articles 67 et 69 modifiés prononcent une atténuation des peines en leur faveur, lorsqu'ils se sont rendus coupables soit d'un crime, soit d'un simple délit.

« Si la décision, dit l'exposé des motifs, porte que l'action a été

commise avec discernement, il ne s'agit plus de correction, c'est une peine qui doit être prononcée ; seulement ce ne sera ni une peine afflictive, ni infamante. La loi suppose que le coupable, quoique sachant bien qu'il faisait mal, n'était pas encore en état de sentir toute l'étendue de la faute qu'il commettait, ni de concevoir toute la rigueur de la peine qu'il allait encourir. Elle ne veut point le flétrir, dans l'espoir qu'il pourra devenir un citoyen utile ; elle commue, en sa faveur, les peines afflictives en peines de police correctionnelle ; elle ne le soumet point à l'exposition aux regards du peuple ; enfin, elle consent, par égard pour son jeune âge, à le traiter avec indulgence, et ose se confier à ses remords. »

L'article 67, rédigé d'après ces motifs, est ainsi conçu : « S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, les peines seront prononcées ainsi qu'il suit : S'il a encouru la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, de la déportation, il sera condamné à la peine de 10 à 20 ans d'emprisonnement dans une maison de correction. S'il a encouru la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la reclusion, il sera condamné à être enfermé dans une maison de correction pour un temps égal au tiers au moins, et à la moitié au plus, de celui pour lequel il aurait pu être condamné à l'une de ces peines. Dans tous les cas, il pourra être mis par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police pendant trois ans au moins et dix ans au plus. S'il a encouru la peine de la dégradation civique ou du bannissement, il sera condamné à être enfermé, d'un an à cinq ans, dans une maison de correction. »

L'article 69 établit une atténuation de la même nature pour le cas où le fait ne constitue qu'un délit : « Dans tous les cas où le mineur de seize ans n'aura commis qu'un simple délit, la peine qui sera prononcée contre lui ne pourra s'élever au-dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné, s'il avait eu seize ans. »

Nous ferons remarquer, en passant, que cet article a été légèrement modifié par la loi du 28 avril 1832. L'article abrogé portait ces termes : *Si le coupable n'a encouru qu'une peine correctionnelle*, ce qui semblerait se rapporter à la nature de la condamnation

plutôt qu'au caractère primitif du fait. La correction a eu pour objet de faire dépendre l'atténuation de la peine de ce seul caractère. Si ce fait constitue un crime, alors même que le mineur n'aurait encouru qu'une peine correctionnelle, l'article est inapplicable.

La mesure de cette atténuation des peines doit, au reste, paraître pleinement suffisante : le châtiment, en effet, s'abaisse à la moitié et même jusqu'au tiers de la peine encourue ; la peine de mort et les peines perpétuelles sont remplacées par une détention qui ne peut excéder vingt ans ; enfin, le système des circonstances atténuantes, ainsi que nous le verrons plus loin, peut encore modifier ces pénalités déjà réduites. Les législations les plus indulgentes n'ont point dépassé de pareilles limites. Elles concilient les vœux que l'humanité peut former en faveur d'une jeunesse égarée, avec la nécessité d'une répression que le discernement du condamné ne laisse plus mettre en doute.

234. Une troisième modification qui avait été introduite en faveur des mineurs de 16 ans, par l'article 1er de la loi du 25 juin 1824 [1], a été à peu près textuellement transportée dans la loi du 28 avril 1832, et forme aujourd'hui l'article 68 du code pénal. Cette transposition a été expliquée, lors des discussions de la loi modificative, dans les termes suivants : « L'article 1er de la loi du 25 juin 1824 a déféré aux tribunaux correctionnels les mineurs âgés de 16 ans qui se seraient rendus coupables de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation. Cette loi devait trouver place dans le projet actuel. Nous avons pensé que cette disposition ne trouvait pas convenablement sa place à la suite de l'article 67, qu'il fallait qu'elle fût entièrement isolée de cet article, afin qu'on pût trouver plus facilement les rapports qu'elle a essentiellement tout à la fois avec ce dernier article et avec l'article précédent. Il fallait donc trouver une autre place : cette place est naturellement celle de l'article 68, qui

[1] Cette loi a été abrogée par l'art. 103 de la loi du 28 avril 1832.

devient sans objet au moyen d'une disposition que vous avez adoptée précédemment [1]. »

Cet article 68 est ainsi conçu : « L'individu, âgé de moins de seize ans, qui n'aura pas de complices présents au-dessus de cet âge, et qui sera prévenu de crimes autres que ceux que la loi punit de la peine de mort, de celle des travaux forcés à perpétuité, de la peine de la déportation, ou de celle de la détention, sera jugé par les tribunaux correctionnels, qui se conformeront aux deux articles ci-dessus. »

Le but de cette dernière exception au droit commun est donc de soustraire les accusés de moins de 16 ans à la juridiction des cours d'assises, toutes les fois qu'ils n'ont pas de complice, ou que le crime dont ils sont prévenus emporte la peine des travaux forcés à temps ou de la reclusion. Cette dérogation, à côté de quelques avantages, offre d'incontestables inconvénients. Elle évite au mineur la solennité des assises, la flétrissure d'un débat qu'une plus grande publicité environne ; elle permet d'abréger la détention provisoire, en imprimant à la procédure une plus grande célérité; enfin, elle institue dans le tribunal correctionnel, en quelque sorte, un tribunal de famille, qu'elle charge d'une mission répressive et paternelle à la fois. Mais ce dernier avantage se retrouverait au même degré sans doute dans le jury, plus apte à apprécier les questions de moralité et de discernement. Il est à craindre que les tribunaux correctionnels, juges permanents, n'apportent dans le jugement de ces accusés ces règles fixes que la jurisprudence établit, et qui peuvent entraîner une fausse appréciation du fait et de l'accusé. Les jurés ne sont-ils pas les juges naturels des accusés de moins de 16 ans comme des autres accusés? Auraient-ils moins d'indulgence et de paternité? Sauraient-ils moins apprécier les causes impulsives du crime, faire la part des passions et de la légèreté du mineur, discerner la mesure de son intelligence? Un grand inconvénient de ce changement de juridiction est d'ailleurs d'apporter dans cette compétence des hésitations

[1] Code pénal progressif, p. 191.

et des difficultés qui embarrassent des règles qui devraient être évidentes pour tous. Aussi le législateur a-t-il été obligé de faire des exceptions à l'exception qu'il créait : si le prévenu a des complices, ou si son crime est passible de la peine capitale ou d'une peine perpétuelle, la juridiction des assises, ainsi qu'on le verra plus loin, se trouve nécessairement saisie; de sorte que l'exception qui investit les tribunaux correctionnels se restreint dans l'application, et c'est peut-être un motif encore de la faire disparaître; car, en admettant même qu'elle ait quelques effets salutaires, cette utilité n'est que secondaire, puisqu'elle ne s'exerce que partiellement, et l'on eût évité des conflits de juridiction qui entravent nécessairement la marche de la justice criminelle.

235. Il résulte des observations qui précèdent que le code pénal a dérogé au droit commun, en faveur des détenus au-dessous de seize ans, sous trois rapports différents : 1° la loi les protége par une présomption d'innocence qui oblige à prouver qu'ils ont agi avec discernement; 2° alors même que le discernement est établi, elle voit encore dans leur âge une excuse, et leurs peines sont atténuées; 3° enfin, ils sont justiciables de la juridiction correctionnelle, alors même qu'ils sont prévenus de crimes.

Nous allons successivement développer ces trois dispositions exceptionnelles.

Que faut-il d'abord entendre par l'expression : *les individus âgés de moins de seize ans?* Ces mots désignent-ils tous les individus qui n'ont pas seize ans accomplis, ou bien seulement ceux qui ne sont pas entrés dans leur seizième année? Quelques criminalistes ont pensé que les articles 66 et suivants ne peuvent être invoqués que par celui qui est encore dans sa quinzième année. On fait remarquer, en faveur de cette opinion, que, lorsque le législateur veut désigner un certain nombre d'années *accomplies*, il le dit expressément, ainsi qu'on le voit dans les articles 66, *in fine*, 70, etc., du code pénal, dans l'article 368 du code civil, etc. On cite ensuite l'adage : *Annus inceptus pro completo habetur.* Nous croyons,

malgré ces raisons, qu'on doit entendre par individus âgés de moins de seize ans tous ceux qui n'ont pas encore accompli leur seizième année, bien que leur quinzième soit révolue. En effet, le code pénal de 1791 (1re part., tit. 5, art. 1) désignait en termes exprès l'âge de *seize ans accomplis*. Rien n'annonce que le législateur de 1810 ait voulu modifier cette disposition. Cette interprétation est d'ailleurs en harmonie avec le sens naturel et grammatical, et l'on doit ajouter que dans le doute l'opinion la plus favorable devrait être adoptée [1].

Il faut remarquer encore qu'il suffit que les seize ans ne soient pas accomplis *au moment du crime ou du délit*, pour que le mineur puisse invoquer le bénéfice de l'article 66. Cela résulte de la raison même qui motive cette exception; et la loi confirme cette interprétation, puisqu'elle fait coïncider l'âge de seize ans avec l'époque du délit, le moment où *il a agi*.

236. Toutes les fois qu'un accusé de moins de seize ans est mis en jugement, le président, aux termes de l'article 340 du code d'instruction criminelle, doit, *à peine de nullité*, poser cette question : *l'accusé a-t-il agi avec discernement?* La loi modificative du 28 avril 1832 a ajouté à l'article ces mots : *à peine de nullité*; et toutefois il n'y avait point ici d'abus à réformer : la cour de cassation avait plusieurs fois annulé des arrêts, par cela seul qu'ils avaient omis de mentionner la position de cette question [2]. Du reste, cette position doit avoir lieu devant le tribunal correctionnel comme devant la cour d'assises, car le principe est général, et l'article 68 déclare formellement que *les tribunaux correctionnels se conformeront aux deux articles ci-dessus*. Il faut donc que le jugement constate, à peine de nullité, que la question de discernement a été posée et résolue [3].

[1] *Voy.* dans ce sens Carnot sur l'art. 66. L'art. 903 C. C., relatif à la liberté de disposer, parle également du mineur *âgé de moins de seize ans*, et les auteurs entendent par la tout mineur *qui n'a pas accompli sa seizième année*, malgré la faveur due à la liberté de disposer.

[2] Cass. 9 therm. an VIII, 8 brum. an IX, 16 août 1822, etc.

[3] Cass. 20 mars 1841, Bull. n° 74; 12 août 1843, Bull. n° 205.

Cette question ne doit plus être posée, s'il est constant que l'accusé a plus de seize ans; mais quelques difficultés peuvent s'élever à cet égard. Rappelons d'abord que, dans ce cas, l'arrêt qui rejette la demande de l'accusé tendante à poser la question de discernement doit nécessairement être motivée; car cet arrêt, qui a pour objet de modifier le fait de l'accusation, la culpabilité de l'accusé et l'application de la peine, ne peut être considéré comme un arrêt d'instruction, ou comme un arrêt simplement préparatoire [1]. Rappelons encore que l'existence du discernement, dans les accusés de plus de seize ans, n'est et ne peut être que *présumée par le législateur*. C'est aux jurés, c'est aux juges à se convaincre, par l'audition attentive des débats, que cet accusé a connu toute la portée de son action, toute la responsabilité qui devait en résulter pour lui, en un mot qu'il a agi avec discernement. Le jugement sur la responsabilité morale est entièrement abandonné à leur conscience; et, s'ils acquièrent la conviction que l'accusé, quoique âgé de plus de seize ans, a néanmoins agi sans discernement, ils doivent l'acquitter, comme ils l'acquitteraient s'il avait moins de seize ans. Seulement cette formule, que l'accusé a agi sans discernement, ne suffirait plus pour entraîner cet acquittement [2]; il faudrait qu'il fût déclaré non coupable.

[[Si l'accusé de moins de seize ans est renvoyé devant la cour d'assises à raison de plusieurs chefs d'accusation, il y a lieu de poser une question de discernement sur chaque chef séparément; car, en ce qui concerne le mineur de 16 ans, le discernement est un des éléments essentiels de la culpabilité légale, et par suite une partie substantielle de l'accusation sur chacun des crimes qui en font l'objet; or, comme des solutions différentes sur la question de discernement peuvent être motivées par des circonstances qu'il appartient au jury d'apprécier souverainement quant aux divers chefs d'accusation, il s'ensuit nécessairement que cette question doit être reproduite distinctement à la

[1] Cass. 14 oct. 1826. J. P. t. 20, p. 885.

[2] Cass. 1er sept. 1826, Sir. 27. 1. 203. J. P. t. 20, p. 862.

suite de chacun de ces chefs : une question unique commune à tous les chefs serait nulle pour vice de complexité [1].]]

237. En thèse générale, l'accusé constate son âge par la production de son acte de naissance; mais, s'il ne peut produire cet acte, s'ensuit-il qu'il doive perdre le bénéfice de la loi? La cour de cassation a jugé l'affirmative, en se fondant sur ce qu'il y a présomption légale, quand l'acte de naissance n'est pas produit, que le prévenu n'était pas âgé de moins de seize ans [2]. Il nous paraît impossible d'admettre une semblable présomption, qui ne s'appuie sur aucune disposition de la loi : l'âge de l'accusé est un fait, un élément d'aggravation ou d'atténuation de la peine, et il nous semble qu'en cas de doute, ce fait doit, comme tous les autres, être soumis à l'appréciation du jury; car, de ce que la preuve authentique d'un fait n'est pas produite, comment conclure qu'elle n'existe pas? Comment d'une simple omission induire une présomption légale? Cette présomption ne devrait-elle pas d'ailleurs exister également en faveur de l'accusé? Et puisque l'âge de seize ans accomplis est une circonstance aggravante, n'est-ce pas au ministère public à l'établir?

On peut remarquer, au reste, dans l'espèce de l'arrêt que nous venons de citer, une circonstance favorable à notre opinion. L'accusé n'avait produit qu'après sa condamnation un acte de naissance duquel il résultait qu'il n'avait pas seize ans; et la cour de cassation, en rejetant son pourvoi, motiva surtout ce rejet sur ce qu'il n'est pas dans ses attributions de juger le mérite des actes qui n'ont pas été produits devant les tribunaux qui ont rendu le jugement attaqué. Cette décision spéciale a néanmoins été critiquée [3]. « Faudra-t-il que l'accusé, a dit M. Carnot, porte sa tête sur l'échafaud, lorsqu'il pourrait être si facilement constaté qu'il n'avait pas réellement l'âge de 16 ans accomplis quand il s'était rendu coupable? La poursuite

[1] Cass. 9 fév. 1854, Bull. n° 30.
[2] Cass. 19 avr. 1821, J. P., t. 16, p. 559.
[3] M. Magnin, Traité des minorités, t. 2, p. 501; M. Carnot, t. 1, p. 213.

des crimes doit être faite à charge et à décharge, et l'accusé n'aurait pas allégué qu'il n'était pas âgé de seize ans accomplis, qu'il serait du devoir du ministère public de s'en assurer; si le ministère public a négligé de remplir ce devoir sacré, l'accusé devrait-il devenir la victime d'une telle imprévoyance? Cependant il le deviendrait si, son acte de naissance à la main, il n'en devait pas moins subir une peine qu'il n'aurait pas encourue. » Le seul moyen d'éviter ces inconvénients est de consulter le jury sur l'âge de l'accusé, toutes les fois qu'il y a quelque doute sur cet âge. Telle est aussi l'opinion qu'a enseignée M. Legraverend [1]. [[Et cette opinion a été en dernier lieu adoptée par la cour de cassation. Un arrêt du 26 septembre 1850 dispose, en effet, « qu'aux termes de l'art. 340 code d'instruction criminelle, si l'accusé a moins de 16 ans, le président doit, à peine de nullité, poser une question relative au discernement; que la question de savoir si l'accusé a moins de 16 ans, ayant pour objet un fait essentiellement modificatif de la criminalité, doit être posée au jury toutes les fois que les énonciations de l'arrêt de mise en accusation ou *les résultats du débat* paraissent l'indiquer; que, dans l'espèce, l'ordonnance de prise de corps énonce que l'accusée avait *près de seize ans* à l'époque de la perpétration du crime; que cette ordonnance, confirmée par l'arrêt de renvoi, fait corps avec cet arrêt; que néanmoins ce même arrêt dans son préambule et l'arrêt de la cour d'assises, qui en reproduit les termes, portent que l'accusée était *âgée de seize ans;* mais que cette énonciation, qui n'indique point qu'il y ait eu vérification de ce fait, ne suffit pas pour détruire la première; que dès lors le président de la cour d'assises avait le devoir de soumettre au jury une première question sur le point de savoir si l'accusée avait moins de seize ans [2]. »]]

Au surplus, cette question, comme on l'a déjà dit, ne peut, en matière de grand criminel, être résolue que par le jury. Dans plusieurs espèces où la cour d'assises s'était déclarée incompétente à

[1] Traité de la législation crim., t. 2, p. 229.
[2] Cass. 26 sept. 1850, Bull. n° 329.

raison de l'âge de l'accusé, la cour de cassation a posé en principe qu'il n'appartient qu'au jury de décider si au moment du crime imputé à l'accusé il était ou non âgé de moins de 16 ans, et que la cour d'assises ne peut juger cette question sans sortir des bornes de sa compétence. [[Ces arrêts déclarent : « que la circonstance de l'âge de l'accusé au-dessous de seize ans est essentiellement modificative de la criminalité; qu'aux termes des art. 66 et 67, elle efface le crime ou change la peine selon que l'accusé est déclaré avoir agi avec ou sans discernement; qu'elle ne peut pas être fixée d'une manière absolue et par la seule considération de l'époque à laquelle l'accusé a pris naissance; mais qu'elle doit l'être dans son rapport avec l'époque souvent incertaine à laquelle il aurait commis le crime qui lui est imputé; que cette circonstance se lie donc au fait même de l'accusation; qu'elle en forme un des principaux éléments; d'où il suit que la solution de la question qui la concerne rentre nécessairement dans les attributions du jury [1]. »]]

238. L'article 66 dispose formellement que l'accusé qui est reconnu avoir agi sans discernement doit être acquitté. Il est évident, en effet, que l'absence du discernement dans l'agent dépouille l'action de toute criminalité. Or de cette règle se déduisent plusieurs corollaires.

Il en résulte, en premier lieu, que cet accusé ne peut être l'objet d'aucune mesure répressive; et la cour de cassation s'est conformée à ce principe, en jugeant : 1° qu'il ne peut être mis sous la surveillance de la haute police [2]; car cette surveillance constitue une peine, et l'acquittement emporte l'affranchissement de toute peine; 2° qu'il ne peut, à plus forte raison, être condamné à un emprisonnement quelconque [3]. Il en résulte encore cette conséquence, que la *détention* dont le mineur même acquitté peut être l'objet n'est point une peine;

[1] Cass. 20 avril 1827, Bull. n° 89; 4 mai 1839, Bull. n° 145; 26 sept. 1846, Bull. n° 258.

[2] Cass. 16 août 1822, J. P. t. 17, p. 567.

[3] Cass. 4 octobre 1845, Bull. n° 316.

cette mesure (et c'est ce qu'établit l'exposé des motifs cité plus haut) n'a d'autre caractère que celui d'une correction domestique. « Cette correction autorisée par la loi n'a aucun caractère pénal, et a été instituée au contraire par le législateur dans des vues de protection en faveur des individus qui en sont l'objet [1]. » C'est en quelque sorte une tutelle substituée à la tutelle de la famille, lorsque celle-ci n'offre pas des moyens suffisants de surveillance, des garanties d'une bonne éducation. Et en effet il ne s'agit plus alors de punir un délit, puisqu'il est reconnu que le fait n'est pas criminel, que le délit n'existe pas; il ne s'agit que de prévenir de perverses inclinations, et de corriger des penchants vicieux, et c'est là la mission et le but de l'instruction morale que la détention doit assurer aux mineurs. C'est par suite de ce principe, conséquence nécessaire de l'acquittement du prévenu, que la jurisprudence a reconnu que cette mesure, prise à l'égard d'un prévenu de moins de 16 ans, ne peut jamais être considérée comme une première peine élémentaire de la récidive [2].

239. La durée de cette détention a fait naître une question intéressante : on a demandé si elle peut être prononcée pour moins d'une année. La cour de cassation s'était d'abord décidée pour la négative : « attendu que ces expressions de l'article 66 : *tel nombre d'années*, prouvent clairement que la volonté du législateur a été que la détention qu'il ordonne, dans le but et l'espoir d'effacer les mauvaises impressions reçues par l'individu, et de changer sa conduite, n'ait pas une durée moindre d'une année [3]. » Depuis, cette cour est revenue sur sa jurisprudence en décidant : « que l'art. 66 n'a établi qu'un *maximum* de la durée de la détention, et ne s'oppose pas à ce que cette détention soit fixée à moins d'une année. D'où il suit que les juges peuvent ordonner que l'enfant, acquitté pour avoir agi sans discernement, soit conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant six mois [4]. » Cette dernière opinion doit seule,

[1] Cass. 25 mars 1843, Bull. no 68.
[2] Arr. Paris 9 déc. 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 323.
[3] Cass. 10 octobre 1811. J. P. t. 9, p. 649.
[4] Cass. 8 février 1833. J. P. t. 25, p. 145.

suivant nous, être suivie. Elle s'appuie sur le texte de l'article 66, et elle est conforme à son esprit, puisque les juges, qui remplacent dans cette circonstance le père de famille, doivent être investis du pouvoir de mesurer la durée de la détention d'après la perversité présumée du mineur.

[[C'est dans ce sens que la cour de cassation a jugé en dernier lieu « que les art. 66, 67, 68 et 69 ont pour objet de subvenir à la faiblesse de l'âge, et qu'ils dérivent d'un seul et même principe dont ils règlent les conséquences suivant les divers cas qu'ils prévoient ; qu'il suit de là qu'aucune distinction ne saurait être admise entre la disposition qui prescrit l'acquittement du mineur au-dessous de seize ans, lorsqu'il a agi sans discernement, et celles qui le font jouir d'une modération de peines, lorsqu'il a agi avec discernement; que l'art. 69 n'a établi, pour le cas où il y a condamnation, qu'un maximum audessus duquel ne peut être élevée la peine, sans déterminer la limite de sa réduction ; que cette réduction dès lors est abandonnée à une appréciation discrétionnaire qui la mesure sur le caractère particulier qu'impriment à la prévention admise contre le mineur, soit les différentes phases de cette minorité, soit les autres circonstances propres à modifier la moralité du fait punissable [1]. » Toutefois l'emprisonnement ne peut être abaissé, en vertu de l'art. 69 dont la disposition est essentiellement différente de l'art. 463, au delà de la limite de six jours fixée par l'art. 40 [2].]]

240. Une troisième conséquence de l'acquittement du mineur doit être son affranchissement des frais de la procédure ; car la loi criminelle ne fait peser ces frais que sur ceux qui ont succombé dans les poursuites (article 368 code instruction criminelle). Cette question, que la cour de cassation a résolue dans un sens opposé, a été examinée plus haut [3].

[1] Cass. 3 fév. 1849, Bull. n° 15.

[2] Cass. 11 janv. 1856, Bull. n° 15.

[3] Voy. *suprà*, p. 244. Aux arrêts cités on doit ajouter les arr. cass. 25 mars 1843, Bull. n° 68 ; Journ. du dr. crim. 1843, p. 206 ; 16 janvier 1846, Bull. n° 23 ; Journ. du dr. crim. 1846, p. 154.

241. La cour de cassation avait d'abord posé en principe que la présomption favorable établie par l'article 66 devait être restreinte dans les limites du code pénal, et qu'elle ne pouvait en conséquence être appliquée à l'égard des crimes ou délits que ce code n'a pas prévus. Cette jurisprudence avait été appliquée à l'égard des délits forestiers [1], des contraventions en matière de douanes et des délits de chasse [2]. Au reste, le motif sur lequel s'appuyaient ces décisions est « que les lois spéciales qui punissent ces délits ne contiennent aucune disposition qui autorise les tribunaux à prendre en considération l'âge et le défaut de discernement des délinquants dont elles s'occupent. » Nous ne pouvons donner notre assentiment à l'induction que l'on tire de ce silence des lois spéciales. La règle que consacre l'article 66 n'est point un des ces principes qui, placés dans un code, ont pour limites les limites mêmes de ce code. Elle résulte de la nature des choses, elle se puise dans les lois de la nature humaine, dans l'étude des progrès de l'intelligence de l'homme. C'est une loi générale qui domine toutes les lois, une règle commune qui plane sur toutes les législations, car elle prend son origine dans un fait commun à toutes les actions de l'homme, son ignorance présumée de la criminalité de ses actes jusqu'à l'âge de seize ans accomplis. Prétendrait-on créer une exception à cette loi commune, à l'égard des délits spéciaux? Mais il faudrait prouver alors que l'enfant, dont l'intelligence est trop débile pour concevoir la criminalité d'un délit commun, a toute l'intelligence nécessaire pour apprécier et comprendre les délits spéciaux; il faudrait admettre qu'inhabile à discerner la culpabilité d'un vol ou d'un assassinat, sa conscience lui révèlerait sans peine la criminalité d'un délit de douanes, d'une contravention aux lois sur la chasse, d'une infraction à la police sanitaire. Or n'est-il pas évident que les délits spéciaux, qui varient chez les divers peuples suivant les besoins et les mœurs, et qui puisent leur criminalité relative dans la loi, et non dans la conscience humaine, sont plus diffi-

[1] Cass. 2 juill. 1813, Bull. n° 145.
[2] Cass. 5 juillet 1839, Bull. n° 216.

ciles à saisir que des infractions communes que les plus simples notions de la morale révèlent plus ou moins vivement? A la vérité, dans certaines matières spéciales, le fait matériel constitue à lui seul la contravention. Aussi on pourrait peut-être admettre, avec la cour de cassation [1], que les contraventions purement matérielles échappent à l'application de notre règle. Mais toutes les contraventions qui admettent la fraude comme élément constituent de véritables délits, et c'est surtout en ce qui concerne les infractions de cette nature que la présomption de non-discernement devrait protéger les mineurs de 16 ans. On objecte, avec plus de puissance, l'impossibilité où sont les juges de modifier les peines. Mais il faut prendre garde que nous ne prétendons point transporter hors du code son article 67 et les catégories de peines atténuantes qu'il établit en faveur des mineurs de seize ans qui ont agi avec discernement; il ne s'agit point ici de l'excuse qui peut militer pour cette classe de prévenus, il s'agit uniquement de la présomption favorable qui doit planer sur tout prévenu de cet âge, et de l'obligation de renvoyer des poursuites celui qui a commis le fait imputé, mais sans discernement. On oppose, enfin, l'art. 484 du code pénal, qui maintient toutes les lois pénales relatives à des matières sur lesquelles ce code n'a pas statué. Mais le seul but de cette disposition a été de ne pas mettre obstacle aux poursuites qui sont dirigées en vertu de ces lois particulières; et il ne peut en résulter que l'art. 66, qui pose un principe général d'excuse, de même que les art. 59 et 60 ont posé un principe général de responsabilité criminelle, ne puisse étendre son empire sur tous les délits, soit ordinaires, soit spéciaux, commis par les mineurs. Nous pensons donc que c'est un devoir pour les juges, de quelque nature que soit le délit poursuivi, de poser et de résoudre la question de discernement en faveur du prévenu de moins de seize ans, avant toute application de la peine. [[Cette opinion, quelque temps contestée, a été enfin pleinement consacrée par la cour de cassation. Cette cour a décidé, — en matière de douanes, « que la disposition de l'article 66 doit,

[1] Cass. 22 nov. 1811.

comme celle de l'art. 64, relative à la démence et à la contrainte, être suivie dans toutes les matières, même celles qui sont réglées par des lois spéciales, à moins que ces lois ne contiennent à ce sujet quelque dérogation expresse ou tacite; que l'art. 16 de la loi du 9 floréal an VII, qui défend, en matière de douanes, d'excuser les contrevenants sur l'intention, ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 66; qu'en effet l'intention n'est pas la même chose que le discernement, celui-ci se rapportant à la conscience que l'on a de ses actes, et l'intention à la volonté qui les fait commettre; que l'intention criminelle peut manquer là où le discernement existe, mais que l'absence de discernement est une cause de justification beaucoup plus péremptoire [1]; » — en matière de délits forestiers, « que la disposition de l'article 66 C. P., dérivant des principes qui fondent la moralité des actions, est générale et absolue, et, à défaut de dérogation virtuelle ou expresse, s'étend même aux matières réglées par des lois spéciales [2]; » — en matière de délits de chasse, « que la loi du 3 mai 1844 ne contient aucune dérogation aux art. 66, 67, 68 et 69 [3]. » Enfin, la même cour a admis, comme une conséquence du même principe, « que les dispositions de l'art. 66 sont applicables aux simples contraventions comme aux crimes et aux délits [4]. »]]

242. Les peines modifiées, dont les prévenus de moins de 16 ans, qui ont agi avec discernement, sont passibles, ont fait naître plusieurs difficultés.

Quelques tribunaux avaient pensé que le tiers de la peine qui leur est applicable, d'après le 3e § de l'article 67, devait s'entendre du *tiers du maximum* de cette peine, abstraction faite de son *minimum*.

[1] Cass. 20 mars 1841, Bull. n° 71; 18 mars 1842, *ibid.* n° 67; 13 mars 1844, *ibid.* n° 98; 11 oct. 1855, *ibid.* n° 345; 11 janv. 1856, *ibid.* n° 15.

[2] Cass. 3 janv. 1846, Bull. n° 8; 26 déc. 1845, *ibid.* n° 371.

[3] Cass. 18 juin 1846, Bull. n° 151; 3 janv. 1845, *ibid.* n° 4; 3 fév. 1849, *ibid.* n° 28.

[4] Cass. 10 juin 1842, Bull. n° 142; 2 sept. et 8 déc. 1842, *ibid.* nos 228 et 319; 13 avril 1844, *ibid.* n° 139; 7 mars 1845, *ibid.* n° 87; 24 mai 1855, *ibid.* n° 172; 22 juin 1855, *ibid.* n° 227.

Ce système était absurde, puisque, lorsqu'il se serait agi, par exemple, des travaux forcés à temps, la détention correctionnelle n'aurait pu être moindre de six ans et huit mois, et qu'ainsi le mineur eût été, quant à la durée de la peine, plus rigoureusement traité qu'un individu au-dessus de cet âge. La cour de cassation a donc déclaré avec raison : « que l'article 67, en déterminant la peine à infliger aux mineurs de 16 ans qui avaient commis avec discernement des crimes emportant les travaux forcés à temps et la reclusion, a modifié ces deux peines, non-seulement quant à la gravité de leur nature, en les remplaçant par la détention correctionnelle, mais aussi quant à leur durée en restreignant celle-ci à la limite du tiers de la moitié; et que, d'après les articles 19 et 21 du même code pénal, la durée, soit des travaux forcés à temps, soit de la reclusion, pouvant n'être que de 5 ans, il s'ensuit, par une conséquence nécessaire des dispositions dudit article 67, que la durée de la détention correctionnelle d'un mineur de 16 ans peut n'être que du tiers de cinq ans, c'est-à-dire de vingt mois [1].

Il a été également reconnu par la jurisprudence qu'il est contraire au vœu de l'article 69 d'appliquer au condamné pour délit correctionnel, qui a agi avec discernement, *la moitié* de la peine qu'il aurait précisément subie s'il avait eu seize ans accomplis. Il est nécessaire que la peine appliquée soit *au-dessous* de la *moitié* de celle qu'il aurait dû subir s'il avait eu cet âge [2]. Cette solution n'est que l'application textuelle de la loi.

Il ne peut être douteux, au reste, que la peine d'emprisonnement portée par les articles 67 et 69 ne puisse, outre l'atténuation que motive l'âge de l'accusé, recevoir, s'il existe des circonstances atténuantes, l'application de l'article 463, et être réduite par conséquent même à une peine de simple police. En effet la minorité, considérée comme circonstance d'excuse, convertit les peines afflictives et infamantes encourues par les mineurs en peines correctionnelles. Mais,

[1] Cass. 15 janv. 1825, Bull. n° 4.

[2] Arr. Bordeaux 26 août 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 359.

à côté de cette excuse, d'autres circonstances peuvent se rencontrer dont il est impossible de ne pas leur tenir compte comme à tous les prévenus passibles de peines correctionnelles ; d'ailleurs l'article 463 s'applique, d'après son dernier paragraphe, *dans tous les cas où la peine d'emprisonnement* est prononcée *par le Code pénal*, et dès lors aucun motif ne saurait soustraire les prévenus de moins de 16 ans au bénéfice de cette règle générale.

[[Lorsque les deux faits de la minorité de 16 ans et des circonstances atténuantes concourent en faveur du même accusé, il doit être tenu compte de chacun de ces éléments dans l'application de la peine. A cet effet, la cour d'assises doit d'abord déterminer, par application de l'art. 463, le degré d'atténuation de la peine, c'est-à-dire la peine applicable au fait, et ensuite modifier cette peine, conformément à l'art. 67, en vue de la minorité de l'accusé. Cette manière de procéder, qui s'accorde avec les règles relatives à l'application de l'art. 463, soit que l'on considère ses conséquences, soit que l'on considère l'esprit de la loi, s'appuie d'ailleurs sur le texte même de l'art. 67, lequel pose pour base de l'atténuation de peine dérivant de la minorité de l'accusé qui agit avec discernement, la détermination préalable de la peine par lui encourue indépendamment de la qualité de mineur. Ainsi, en supposant que le crime entraînât la peine capitale, la cour d'assises, qui pouvait dans ce cas prononcer, en vertu de la déclaration des circonstances atténuantes, la peine des travaux forcés à perpétuité ou à temps, peut prononcer une peine d'emprisonnement dans les limites du tiers de la durée des travaux forcés à temps à vingt ans [1].]]

Nous avons examiné précédemment [2] la question de savoir si le mineur qui a commis un crime, et qui a été renvoyé devant les tribunaux correctionnels à raison de son âge, est passible de l'aggravation de peine portée contre la récidive, s'il se rend coupable d'un nouveau crime. Cette question, longtemps controversée, se trouve

[1] Cass. 27 mai 1852, Bull. n° 169 ; 24 mars 1853, Bull. n° 111.

[2] Voy. *suprà*, p. 328.

aujourd'hui résolue négativement par la nouvelle rédaction de l'article 56 du C. P.

243. Le mineur, indépendamment des peines qu'il peut encourir, peut encore être condamné aux frais de la procédure, et même à des dommages-intérêts envers la partie civile. Un auteur a remarqué à ce sujet que cette condamnation pécuniaire n'exigeait point la présence du tuteur, parce qu'en matière criminelle le mineur peut procéder comme s'il était majeur [1]. L'usage semble justifier cette opinion ; cependant deux arrêts des cours d'assises de la Moselle et du Haut-Rhin ont adopté une solution contraire [2], et des motifs puissants viennent à l'appui de ces arrêts.

La maxime *minor in delictis major habetur* ne repose que sur une raison puérile dont les anciens jurisconsultes ont souvent abusé, *quia malitia supplet ætatem*. Mais cette maxime même ne peut pas s'appliquer à l'action en dommages-intérêts de la partie civile, car cette action est essentiellement civile ; et si l'art. 3 du code d'inst. crimin. permet de poursuivre l'action civile en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, il n'est pas moins incontestable qu'elle demeure soumise aux règles du droit civil ; or l'une de ces règles est que le mineur ne peut défendre à une action civile que sous l'autorisation de son tuteur. Et, en effet, pourquoi les intérêts du mineur seraient-ils moins protégés devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils ? Pourquoi la même action ne conserverait-elle pas les mêmes formes devant l'une et l'autre juridiction ? Le tuteur est le défenseur légitime du mineur ; il supplée à l'infirmité de son âge ; il complète sa personne civile. Sa présence est essentielle partout où les intérêts du pupille sont mis en péril, pour le diriger de ses conseils, pour lui prêter ses lumières, pour le défendre. La condition de la partie civile serait-elle donc exonérée par cette présence ? Nullement, puisque son obligation consisterait uniquement à mettre en cause devant la cour

[1] Traité des minorités, par M. Magnin, t. 2, p. 491.

[2] *Voy.* Journ. du dr. crim. 1829, p. 283, et 1831, p. 261.

d'assises, comme elle l'eût fait devant le tribunal civil, le tuteur avec le pupille, le défenseur légal avec le prévenu. Cette formalité d'ailleurs est de l'essence de toutes les causes civiles où figurent des mineurs; la partie civile ne pourrait s'en plaindre, car ce serait demander une exception au droit commun.

On doit même regretter peut-être que le tuteur ne soit pas appelé, dans les préventions criminelles, à côté de son pupille, pour l'éclairer dans sa défense, pour écarter des déclarations mensongères, pour combattre de pernicieux conseils. Outre l'administration de la fortune, le tuteur n'a-t-il pas encore la surveillance de la personne? et le péril du mineur devant la justice ne serait-il pas une cause légitime de son intervention? L'empereur Justinien avait prévu ce danger des mineurs, et il y avait pourvu par l'une de ses plus belles lois : « *Sancimus omninò debere et agentibus et pulsatis in criminalibus causis minoribus viginti quinque annis adesse tutores vel curatores... ne ex suâ imperitiâ vel juvenili calore aliquid vel dicant vel taceant quod si fuisset prolatum vel non expressum, prodesse eis poterat et à deteriore calculo eos eripere*[1]. »

[[Mais cette doctrine n'a pas été admise par la jurisprudence. La cour de cassation a déclaré « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du code d instruction criminelle, et notamment des articles 145, 147, 159 et 162, 182 et 192, 358, 359 et 366, que la loi ne fait aucune distinction, soit quant aux formes de la poursuite, soit quant aux pouvoirs des juges, entre l'accusé ou prévenu majeur et l'accusé ou prévenu mineur; qu'aucune disposition de ce code n'impose au ministère public dans l'exercice de l'action publique, ou à la partie civile dans l'exercice de l'action civile suivie devant les tribunaux de répression accessoirement à la première, l'obligation d'appeler en cause le tuteur ou curateur de l'accusé ou prévenu mineur; que cet accusé ou prévenu trouve des garanties suffisantes dans les formes que le code a établies dans l'intérêt de la défense; qu'il n'y a pas lieu d'admettre une exception à ces règles pour l'action

[1] L. 4, C. de autorisat. præstandâ.

en dommages-intérêts formée par la partie civile contre l'accusé acquitté, d'abord parce qu'elle ne serait point justifiée par les termes des art. 358 et 366, dont les dispositions comprennent dans une seule et même catégorie les diverses actions en dommages-intérêts dont elles attribuent la connaissance à la cour d'assises, et ensuite parce que cette exception serait inconciliable avec la forme de procéder qu'établissent lesdits articles [1]. »]]

244. L'article 35 de la loi du 17 avril 1832, sur la contrainte par corps, dispose que les arrêts et jugements portant condamnation, au profit de l'État, à des amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais, en matière criminelle et de police, peuvent être exécutés par la voie de cette contrainte. Cette disposition doit-elle s'appliquer aux condamnés mineurs? La cour de cassation a résolu affirmativement cette question, sans donner aucuns motifs de sa décision ; son arrêt porte « que le mineur de seize ans qui a été déclaré par le jury avoir agi sans discernement, et a été acquitté, soit qu'il ait été envoyé dans une maison de correction, soit qu'il n'y ait pas été envoyé, doit être condamné aux frais envers l'État, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, il a toujours par son fait donné lieu à la poursuite ; que les frais liquidés par l'arrêt dans l'espèce s'élèvent à plus de 300 fr.; que dès lors il y avait lieu, aux termes de l'article 40 de la loi du 17 avril 1832, de fixer, à l'égard de l'accusé, la durée de la contrainte par corps dans les limites tracées par l'article 7 de ladite loi (d'un à dix ans) [2]. »

Il faut reconnaître, d'abord, que la loi est conçue en termes généraux et qu'elle ne fait aucune distinction en faveur des mineurs. Néanmoins de sérieuses objections peuvent être opposées à cette décision. Le principe général de la matière se trouve dans l'article 2064 du code civil, qui dispose que « la contrainte par corps ne peut être prononcée contre les mineurs. » La loi du 17 avril 1832 a reproduit une exception à ce principe, déjà posé par la loi du

[1] Cass. 15 janv. 1846, Bull. nº 21.

[2] Cass. 27 juin 1835, Bull. nº 261; Journ. du dr. crim. 1835, p. 361.

15 germinal an VI, à l'égard des engagements de commerce. Mais quel est le motif de cette exception? C'est que le gage de la dette commerciale est le fonds même de commerce dont le mineur a, dans ce cas, la libre disposition. Or ce motif n'existe point en matière de condamnation pécuniaire par les tribunaux criminels. Le mineur se trouve, soit vis-à-vis de l'État, soit vis-à-vis de la partie civile, dans la position commune où l'ont placé la nature et la loi : dénué de biens le plus souvent, privé du moins de leur administration, quel sera donc le but de la contrainte qui lui sera infligée? Ensuite, même en matière criminelle, la contrainte par corps conserve son caractère propre, et ne participe nullement de la nature répressive des peines qu'elle accompagne : elle ne constitue qu'une voie d'exécution, un simple moyen de recouvrement [1]. L'emploi de cette voie semble donc devoir être dominé par les règles du droit civil; la loi criminelle a pu l'attacher à l'exécution de certaines condamnations, mais cette exécution demeure soumise aux dispositions communes de la loi civile, tant qu'aucune dérogation, comme en matière de commerce, ne vient en arrêter les effets. Enfin, la loi pénale elle-même a voulu préserver les mineurs du souffle contagieux des prisons, elle a voulu qu'ils restassent purs de la lèpre morale dont le séjour de ces maisons les eût infectés. C'est pour atteindre ce but qu'elle les a rendus à la correction de la famille, toutes les fois qu'elle l'a pu sans péril, toutes les fois qu'ils avaient agi sans discernement. Cependant quel sera le résultat de la jurisprudence de la cour de cassation? C'est que le prévenu de moins de seize ans, même acquitté, même rendu à sa famille, sera conservé encore dans les prisons à raison des frais de procédure auxquels cette cour persiste à le condamner, malgré son acquittement. Chargé de ces frais et des dommages-intérêts qu'il a pu encourir par suite de son action, il sera condamné à expier cette dette par des années de détention. L'intention humaine de la loi sera donc trompée, son but ne sera pas atteint.

[1] Voy. *suprà*, n° 129.

[[Cette opinion, depuis qu'elle a été émise, a été consacrée par la cour de cassation, en faveur des mineurs qui ont agi sans discernement, dans un arrêt qui déclare : « qu'après avoir énuméré les divers cas dans lesquels la contrainte par corps peut être prononcée en matière civile, et après avoir interdit aux juges de la prononcer hors les cas déterminés par les articles qui précèdent, le code civil, art. 2064, leur défend en outre de la prononcer contre les mineurs dans les cas mêmes ci-dessus énoncés; que l'art. 2070 porte, à la vérité, qu'il n'est point dérogé aux lois de police correctionnelle, et qu'aux termes de l'art. 52 du C. P., l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, peut être poursuivie par la voie de la contrainte par corps; mais que ce dernier article est placé sous la rubrique du ch. 3 du liv. 1er, intitulé : *Des peines et des autres condamnations prononcées pour crimes ou délits;* que ce titre indique suffisamment que les dispositions contenues dans ce chapitre, telles que celles qui concernent les restitutions, les dommages-intérêts et les frais, sont considérées comme ayant un lien nécessaire avec le fait qualifié crime ou délit qui a fait l'objet de la répression; qu'ainsi les condamnations pécuniaires sont l'accessoire et la conséquence de la condamnation pénale, et que c'est sous ce rapport qu'elles entraînent les voies d'exécution autorisées par la loi; que s'il pouvait encore rester un doute, il serait levé : 1° par les termes de l'art. 32 de la loi du 17 avril 1832, qui, réglant l'exercice de la contrainte par corps à l'égard des condamnations en faveur des particuliers, suppose qu'elles ont été obtenues pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice; 2° par la comparaison de la rubrique du tit. 5 avec l'art. 41 de la même loi, desquels il résulte que la contrainte par corps, en matière criminelle, correctionnelle et de police, doit s'entendre de la contrainte par corps exercée par suite de condamnations criminelles, correctionnelles et de police; qu'aux termes de l'art. 66 C. P., le mineur, âgé de moins de 16 ans, qui a agi sans discernement, doit être acquitté; qu'il n'est passible d'aucune peine; que

s'il peut être condamné à la réparation du dommage causé par le fait dont il est déclaré auteur, c'est par l'effet d'une action purement civile; qu'il se trouve dès lors replacé sous la protection de l'art. 2064 et ne saurait être soumis à la contrainte par corps [1]. » Il en est autrement à l'égard du mineur de 16 ans, déclaré avoir agi avec discernement et passible dès lors d'une peine : la condamnation dont il est l'objet rentre dans les termes des lois des 17 avril 1832 et 14 décembre 1848, et il peut être assujetti à la contrainte par corps.]]

245. Nous avons vu que, d'après l'art. 1er de la loi du 23 juin 1824, qui forme aujourd'hui l'art. 68 du code pénal, une règle générale est que les prévenus âgés de moins de seize ans, alors même qu'ils sont poursuivis pour crime, sont justiciables de la juridiction correctionnelle [2] : cette règle reçoit plusieurs exceptions.

La cour d'assises devient compétente pour connaître des crimes ou délits commis par des prévenus de moins de seize ans, 1° lorsque le fait est qualifié crime par la loi et que le prévenu a des complices présents âgés de plus de seize ans, à cause de l'indivisibilité de la procédure (art. 68 du code pén.); 2° si le crime dont il est prévenu est passible de la peine de mort, de celle des travaux forcés à perpétuité, de la déportation ou de la détention (art. 68 C. P.) : la gravité du crime a motivé cette exception. Avant le décret du 31 décembre 1851, si le fait, quoique qualifié délit, avait été commis par voie de publication, ou s'il était d'une nature politique (art. 13 de la loi du 26 mai 1819 et 1er de celle du 8 octobre 1830), une troisième exception à la juridiction correctionnelle s'ouvrait : la loi avait placé sous la protection du jury la conservation des droits politiques et la liberté de la presse. Cette exception a été effacée par les décrets des 17 et 25 février 1852.

Enfin, la cour d'assises devant laquelle un accusé de moins de seize ans serait renvoyé à raison de l'incertitude de son âge, ne pourrait se déclarer incompétente, après avoir reconnu qu'il a moins

[1] Cass. 25 mars 1843, Bull. n° 68.
[2] Cass. 20 avr. 1850, Bull. n° 135.

de seize ans. La jurisprudence de la cour de cassation est constante sur ce point [1], et elle se fonde sur le motif que les arrêts des chambres d'accusation, qui ne sont qu'indicatifs de juridiction à l'égard des tribunaux correctionnels, sont attributifs de cette juridiction pour les cours d'assises, qu'ils lient irrévocablement. Il est d'ailleurs de principe que les cours d'assises sont investies de la plénitude de la juridiction criminelle, et qu'elles ne doivent jamais se déclarer incompétentes, soit à raison de la qualité des personnes, soit à raison de la nature des faits qui leur sont déférés [2].

246. En terminant nos observations sur les jeunes prévenus, nous dirons quelques mots sur les tentatives récemment faites pour les arracher, par le bienfait de l'éducation, aux malheureuses habitudes qui les conduisent au crime. C'est surtout à l'égard de cette classe de condamnés que les heureux effets du système pénitentiaire n'éprouvent nulle incertitude, car à cet âge les habitudes ne sont point euracinées, les sentiments ne sont point pervertis; c'est un terrain qui ne manque que de culture.

Il résulte des comptes annuels de l'administration de la justice criminelle que la plus grande partie des prévenus au-dessous de seize ans ne sont poursuivis que pour vagabondage ou pour vol simple. Ces jeunes enfants, abandonnés de leur famille, ou séduits par l'idée d'une vie aventureuse, adoptent une existence vagabonde et oisive qui les mène immédiatement à dérober les objets de leur convoitise ou de leurs besoins. Ce qu'il faut à ces enfants, ce n'est pas la prison, qui achèverait de les précipiter dans le crime, c'est l'éducation; ce n'est pas une peine, c'est une profession. Le premier soin de l'administration doit être de substituer à une maison de correction une maison de travail et d'instruction, et de répandre le bienfait d'un enseignement élémentaire et moral dans ces jeunes esprits plus ignorants que pervertis, plus égarés que coupables. Nous sommes

[1] Cass. 20 avril, 13 juill. et 14 sept. 1827, Bull. nos 182 et 240; 5 juill. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 164.

[2] Cass. 2 oct. 1828, Journ. du dr. crim. 1829, p. 56.

heureux de proclamer que cette sainte obligation a commencé à exciter la sollicitude de l'administration : des mesures prises en faveur des jeunes détenus, et dans le but de leur assurer un état, promettent des résultats féconds. Une maison spéciale a même été élevée à Paris pour les seuls condamnés de moins de seize ans, et toutes les règles pénitentiaires que l'expérience a sanctionnées y sont appliquées avec autant de sagacité que de dévoûment. Le succès de cette entreprise doit vivement appeler l'attention des criminalistes; il y a là une pensée d'humanité ; il y a aussi une pensée d'avenir pour la législation pénale.

Enfin, ce n'est pas assez d'instruire, pendant la durée de leur peine, les condamnés de moins de seize ans. Une considération fondamentale de tout système pénal amélioré est que les sujets libérés ne soient point jetés sur le pavé sans surveillance et sans appui ; c'est à ce besoin, aussi profond peut-être que le premier, qu'une société fondée par une philanthropique pensée a répondu : son but est de prendre sous sa protection les jeunes libérés à leur sortie de la maison de correction, de leur choisir une profession suivant leurs penchants, de les placer en apprentissage, de les surveiller. Puisse cette paternelle tutelle, étendue sur tous les points de la France, offrir à tous les jeunes détenus un frein salutaire, un appui protecteur! Puisse cette généreuse tentative embrasser peu à peu toutes les classes des condamnés !

§ II.

De l'excuse d'âge à l'égard des vieillards.

247. Il nous reste à parler de l'influence de l'âge relativement aux vieillards.

Les anciens accordaient plusieurs privilèges à la vieillesse; car, ainsi que l'a dit le poëte : *Magna fuit quondam capitis reverentia*

cani. La loi romaine diminuait les peines en sa faveur [1]; elle voyait même dans un âge avancé une sorte d'excuse : *Ignoscitur his qui ætate defecti sunt* [2]. Les jurisconsultes avaient adopté cette dernière opinion : *Senectus est*, dit Tiraqueau, *veluti altera pueritia* [3]; et Farinacius donne le même motif à l'affaiblissement des peines : *Senes sunt diminuti sensu et intellectu ità quod repuerascere incipiant* [4]. Toutefois cette excuse n'avait pour effet que d'affaiblir la peine, elle ne l'effaçait pas [5]; elle ne s'appliquait d'ailleurs qu'aux peines corporelles, et non aux condamnations pécuniaires [6], distinction qui paraît contraire au caractère de l'excuse. Quant à l'âge où le privilége pouvait être invoqué par la vieillesse, cet âge est incertain; quelques jurisconsultes indiquent l'âge de 60 ans, d'autres de 70 [7] : les lois parlent de la vieillesse, sans la définir.

Le code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 avait également vu dans la vieillesse une cause d'excuse, puisqu'il lui donnait le privilége de faire cesser la peine; aucune peine ne pouvait être prononcée pour plus de cinq ans, lorsque le condamné avait atteint 75 ans, et il était mis en liberté lorsqu'il était parvenu à l'âge de 80 [8].

Cependant la vieillesse ne nous paraît point en elle-même une cause d'excuse, car l'âge seul, quelque avancé qu'il soit, n'est point incompatible avec la criminalité; à la vérité, la vieillesse produit souvent un affaiblissement des facultés intellectuelles, mais cet affaiblissement, tant qu'il ne dégénère pas en un état d'imbécillité, n'exclut pas la culpabilité. Le vieillard est même souvent plus coupable, puisqu'il a

[1] L. 2, Dig. de termino moto; l. 4, Dig. ad leg. Jul. pecul.; l. 108, Dig. de reg. juris.

[2] L. 3, § 7, Dig. de senat. cons. Sillan.

[3] De pœnis temperandis, p. 29.

[4] Quæst. 92, n° 23.

[5] Gomezius, de delictis, cap. 68; Julius Clarus, quæst. 60.

[6] Farinacius, quæst. 92, n° 36.

[7] Farinacius, *ibid.* n° 37.

[8] 2° part., tit. 3, art. 6 et 7.

contre lui les leçons méprisées d'une longue expérience, les habitudes morales de toute sa vie et l'amortissement des passions.

La présomption de discernement pèse donc sur le vieillard : il ne peut invoquer le privilége des mineurs au-dessous de seize ans. Ce ne serait que dans le cas où il aurait agi sans connaissance, avec cet esprit de torpeur morale qui engourdit les sens et l'intelligence d'une vieillesse très-avancée, que la question de discernement pourrait être posée en sa faveur ; mais cette question se confondrait alors avec celle de la volonté ; ce ne serait plus une excuse, mais un motif de justification ; l'admettre, ce serait déclarer qu'il n'y a ni crime ni délit.

248. Cependant la loi doit adoucir les punitions qu'elle inflige aux vieillards, non parce que leur âge atténue l'action criminelle, mais à cause de l'excessive gravité qu'auraient certaines peines dans leur application à un individu d'un âge trop avancé.

Tels sont les principes qui ont dirigé le législateur du code pénal. « Nous avons pensé, porte l'exposé des motifs, après avoir rappelé les dispositions du code de 1791, qu'il serait plus convenable de ne rien changer à la durée des peines, mais d'y substituer la reclusion, comme mieux appropriée à l'état du vieillard. Les travaux forcés seraient trop rigoureux pour la plupart des septuagénaires : il n'en est pas ainsi de la reclusion ; et comme le but de la loi ne peut être de faire rentrer dans la société le coupable qui a 70 ans, plutôt qu'un autre coupable moins âgé, comme il s'agit uniquement d'empêcher qu'il ne succombe par l'effet de travaux et de fatigues excessives, on a donné la préférence au mode proposé [1]. »

Le système du code se borne donc uniquement à substituer les peines de la détention ou de la reclusion à celles des travaux forcés à perpétuité ou à temps et de la déportation, quand ces dernières peines sont encourues par des septuagénaires [2]. C'est une atténuation dans le mode de la peine, mais non dans sa durée.

[1] Rapport de M. Faure, Locré, t. 29, p. 267.

[2] Voici le texte du code, art. 70 : « Les peines des travaux forcés à perpétuité, de la déportation et des travaux forcés à temps, ne seront prononcées

L'article 70 est muet sur la peine de mort; il en résulte qu'à quelque âge que le coupable ait commis son crime, c'est toujours cette peine qui doit lui être appliquée, si le crime qu'il a commis en est passible. Peut-être eût-on pu épargner l'échafaud aux cheveux blancs du vieillard; il y a quelque chose qui répugne à trancher cette vie expirante, à achever des jours épuisés et à demi éteints. Et qu'est-ce que la mort, d'ailleurs, comme peine, à cette époque où la nature ouvre la tombe devant l'homme? La société n'est-elle pas suffisamment protégée par la détention contre les dernières entreprises d'une vie qui n'a plus de forces à déployer contre elle?

249. L'âge de 70 ans n'a soulevé jusqu'ici aucune objection sérieuse. A la vérité, quelques jurisconsultes romains faisaient commencer la *sénilité* à l'âge de 60 ans; et c'est également à cet âge que le code pénal du Brésil (art. 45) substitue la prison aux travaux de force. La différence des climats peut justifier ces dispositions; mais il semble qu'en général l'humanité n'a point à réclamer contre la fixation à 70 ans de l'époque où cessent les peines les plus dures; ce n'est le plus souvent qu'à cette époque que les infirmités entourent la vieillesse, et sollicitent pour elle une atténuation de ces peines.

Il suffit, au surplus, que les accusés aient atteint l'âge de 70 ans accomplis *au moment du jugement*, pour que le bénéfice de l'art. 70 doive leur être appliqué. Cela est établi par le texte même de cet article; et il en résulte une différence notable entre la disposition de cet article et celle des articles 66 et 69, car ces derniers articles, relatifs aux mineurs de 16 ans, considèrent pour fixer l'âge *le moment même* de l'action.

contre aucun individu âgé de 70 ans accomplis au moment du jugement. » — Art. 71 : « Ces peines seront remplacées, à leur égard, savoir : celle de la déportation, par la détention à perpétuité, et les autres, par celle de la reclusion soit à perpétuité, soit à temps, selon la durée de la peine qu'elle remplacera. » — Art. 72 : « Tout condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité ou à temps, dès qu'il aura atteint l'âge de 70 ans accomplis, en sera relevé, et sera renfermé dans la maison de force pour tout le temps à expirer de la peine, comme s'il n'eût été condamné qu'à la reclusion. »

[[Les dispositions qui précèdent ont été modifiées par l'art. 5 de la loi du 30 mai 1854, qui est ainsi conçu : « Les peines des travaux forcés à perpétuité et des travaux forcés à temps ne seront prononcées contre aucun individu âgé de 60 ans accomplis au moment du jugement ; elles seront remplacées par celle de la reclusion soit à perpétuité, soit à temps, selon la durée de la peine qu'elle remplacera. L'art. 72 du code pénal est abrogé. » Cette disposition est la conséquence de la mesure de la transportation appliquée par cette loi à l'exécution de la peine des travaux forcés ; il n'a pas paru que cette mesure rigoureuse pût être exécutée vis-à-vis des sexagénaires.

Cette substitution de la reclusion aux travaux forcés n'a pas lieu de plein droit ; elle doit être prononcée par le juge, et la cour de cassation a jugé en conséquence qu'il y a lieu d'annuler, en ce qui concerne l'application de la peine seulement, les arrêts qui ont prononcé la peine des travaux forcés, lorsque les condamnés constatent qu'ils étaient âgés de soixante ans au moment du jugement [1].

Au surplus, la loi du 30 mai 1854 n'a fait qu'établir un mode d'exécution plus doux ; elle n'a pas changé le caractère de la peine. Ainsi le sexagénaire en faveur duquel des circonstances atténuantes sont déclarées doit être condamné, si le fait était passible des travaux forcés à perpétuité, non point à la peine de l'emprisonnement, mais à celle de la reclusion [2].]]

[1] Cass. 13 oct. 1854, Bull. n° 299 ; 16 juillet 1857, *ibid.* n° 267 ; 30 sept. 1858, *ibid.* n° 257 ; 25 nov. 1858, *ibid.* n° 284 ; 27 janv. 1859, *ibid.* n° 32.
[2] Cass. 7 janv. 1858, Bull. n° 3.

CHAPITRE XIV.

DES FAITS JUSTIFICATIFS. — DE LA DÉMENCE.

(*Commentaire de l'art. 64 du C. pén.*)

250. Des causes de justification en général.
251. De la démence et de la contrainte considérées comme faits justificatifs.
252. Dans quels cas la démence est-elle une cause de justification ?
253. Diverses espèces d'aliénation mentale.
254. De l'idiotie et de l'imbécillité.
255. De la démence ou manie.
256. De la responsabilité des aliénés à raison des actes commis dans leurs intervalles lucides.
257. Des monomanies ou folies pertielles.
258. Règles applicables à la responsabilité des monomanes.
259. Si les passions dans leur paroxysme peuvent être assimilées à une démence partielle.
260. Si l'émotion de la colère ou d'une juste douleur peut avoir le même effet.
261. Des actes commis pendant l'état de somnambulisme.
262. Des actes commis en état d'ivresse.
263. Distinction de l'ivresse volontaire ou involontaire.
264. L'ivresse complète et non préméditée peut être une cause de justification.
265. Quel est son effet dans la jurisprudence.
266. Théorie de l'art. 64.
267. La démence, quand elle est constatée, a pour effet de faire surseoir à toute poursuite.
268. Comment il faut procéder quand la démence s'est manifestée avant l'action.
269. Comment il faut procéder quand la démence ne s'est manifestée que depuis l'action.
270. Quelles mesures doivent être prises quand la démence ne survient qu'après la condamnation.
271. La prescription est-elle suspendue pendant la durée de l'aliénation ?
272. Mesures de police qui peuvent être prises vis-à-vis des aliénés.
273. Mesures autorisées par la législation antérieurement à la loi du 30 juin 1838.
274. Mesures autorisées par cette loi.

---

250. Après les excuses viennent les causes de justification. Nous avons vu que l'effet de celles-ci est, non pas seulement d'atténuer le

crime, mais de le faire disparaître, et d'exclure toute criminalité dans l'agent.

Elles sont générales, ou spéciales : générales, lorsqu'elles s'étendent à tous les crimes ou délits, lorsqu'elles peuvent être invoquées par tous les prévenus : telles sont la *démence* et la *contrainte;* spéciales, lorsqu'elles ne s'appliquent qu'à un délit ou à une classe de délits : telles sont la défense légitime de soi-même qu'oppose un accusé de meurtre (art. 327), l'obéissance hiérarchique que peut alléguer un fonctionnaire prévenu d'un abus de pouvoir dans l'exercice de ses fonctions (art. 114 et 190); tels sont enfin les motifs légitimes dont l'officier public, accusé de violences, peut se couvrir devant la justice (art. 186). Il est évident que ces dernières causes de justification se rattachent étroitement aux crimes ou délits auxquels la loi les a appliquées. Nous n'avons donc à nous occuper maintenant que la *démence* et de la *contrainte.*

251. On lit dans l'exposé des motifs du code pénal : « Une règle commune à tous les prévenus soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui était en état de démence au temps de l'action, ou qui, malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force. Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention; or, dans les deux cas dont nous venons de parler, aucune intention criminelle ne peut avoir existé de la part des prévenus, puisque l'un ne jouissait pas de ses facultés morales, et qu'à l'égard de l'autre la contrainte seule a dirigé l'emploi de ses forces physiques. »

Telle est la pensée que l'article 64 du code a exprimée en termes concis mais énergiques : « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

Ces deux causes de justification portent en elles-mêmes un tel caractère d'évidence, elles puisent une telle force dans la conscience humaine, que, le législateur ne les eût-il point exprimées, leur empire n'eût été ni moins puissant ni moins certain sur l'esprit des juges. Appelés à déclarer si un homme a agi sciemment et volontairement,

comment eussent-ils pu donner cette déclaration, lorsqu'ils auraient reconnu qu'au temps du délit cet homme ne jouissait ni des lumières de sa raison, ni de sa liberté? Néanmoins il n'était pas inutile d'inscrire dans les textes de la loi ces deux limites à la responsabilité humaine ; car il importe que l'attention des juges et des jurés soit impérieusement fixée sur cette double exception, et qu'ils en fassent légalement l'objet d'un examen judiciaire.

Nulle difficulté ne peut donc s'élever sur le principe en lui-même. La justice morale, d'accord avec la loi, ne peut reconnaître aucun délit dans l'action d'un homme dont la maladie a énervé l'intelligence, ou dont la crainte a subjugué la liberté. Toutes les législations se réunissent dans cette disposition : « *Cùm injuria ex affectu facientis consistat*, dit la loi romaine, *consequens est furiosos injuriam fecisse non videri* [1]. » Les codes de Prusse et d'Autriche posent la même règle [2]; la loi anglaise [3] et les différents codes des Etats-Unis la proclament également [4].

Mais les difficultés naissent lorsqu'il s'agit d'appliquer cette règle d'irresponsabilité aux actes nombreux et divers qui peuvent réclamer, soit par leur caractère propre, soit par analogie, une exception qui ne s'étend qu'aux actes accomplis sous l'empire de la démence ou de la contrainte. C'est donc à poser les limites de cette doctrine, c'est à la saine appréciation des faits que doivent tendre nos efforts. La diversité des règles et des espèces exige que cette matière soit divisée en deux chapitres, et nous nous occuperons d'abord, dans celui-ci, de la *démence*.

252. La première difficulté est de constater les vrais caractères de la démence, c'est de préciser les faits qui la constituent. La loi pénale n'aurait pu tracer le cercle de son application sans descendre à des définitions scientifiques qui ne sont point de son ressort, et dont l'ex-

[1] L. 3, § 1, Dig. de injuriis et famosis libellis.

[2] Code prussien, art. 16 et 18; code pén. d'Autriche, art. 2, § 1, 2.

[3] Summary of the criminal law, p. 3.

[4] Code of crimes and punishments, art. 34. — Penal code of the state of Georgia, div. 1, sect. 7.

périence aurait sans doute plus tard démontré l'erreur. Il lui a suffi de poser une règle : la justification des individus qui sont dans un état d'aliénation mentale. C'est à la pratique à discerner les actes que cette règle protége, à placer les bornes qu'on ne peut dépasser. L'étude des faits est le guide le plus sûr de son application, et il semble que la théorie en cette matière n'ait point d'autres principes à rappeler. Nous essayerons cependant d'en énoncer quelques-uns.

Chaque accusation où s'agite l'exception de démence voit surgir ces questions redoutables : A quels signes reconnaître le dérangement de l'intelligence, et comment le constater? Quel est le degré de lésion des facultés intellectuelles nécessaire pour constituer la démence légale? Jusqu'à quel point les idées qui ont guidé l'agent doivent-elles s'écarter de la chaîne de nos idées communes pour qu'il soit justifiable? Dans quels cas, en un mot, la justice peut-elle légitimement le saisir et le déclarer responsable, malgré la maladie qu'il invoque comme une excuse?

Telles sont les premières questions qu'il nous faut examiner, questions insolubles peut-être, mais que la théorie ne peut néanmoins passer sous silence; car elle doit réunir ses efforts aux efforts de la justice pour éviter de fatales erreurs dans l'appréciation des circonstances qui caractérisent la folie; erreurs faciles cependant, surtout en matière pénale, parce que l'accusé peut avoir intérêt à simuler la démence pour se mettre à l'abri de la peine, parce que la pensée de cette simulation peut prévenir les juges contre les signes d'une véritable folie.

253. La science médicale distingue en général, parmi les maladies mentales, deux degrés principaux, l'*idiotie* et la *folie*.

L'*idiotie* (*fatuitas*) est une sorte de stupidité qui a divers degrés, suivant qu'elle est plus ou moins prononcée. Les idiots ou imbéciles ont un cercle très-étroit d'idées et sont dénués de caractère. Leur intelligence ne s'est jamais développée, ou ne s'est révélée que d'une manière incomplète. Leur infirmité date de leur naissance.

La *folie* comprend les individus dont l'intelligence, après avoir acquis tout son développement, s'est troublée, affaiblie ou éteinte

accidentellement. On la divise en *démence* proprement dite, en *manie avec délire*, puis enfin en *manie sans délire* ou *monomanie* [1].

La *démence* (*insania*) est une débilité particulière des opérations de l'entendement et des actes de la volonté. Cette espèce de folie se caractérise par la perte de la mémoire et l'abolition de la pensée. « La tête du malade, suivant l'expression d'un auteur, n'est plus qu'une boîte où les idées qu'il avait acquises avant la maladie s'agitent sans liaison et sans ordre. »

La *manie* (*furor*) est un délire général, variable, s'appliquant à toutes sortes d'objets. Le malade ne peut avoir aucune idée fixe dans la tête, ne peut enchaîner ses pensées. Une incroyable activité surexcite les opérations délirantes de l'esprit. Le maniaque est le jouet continu d'idées fausses et incohérentes, d'illusions des sens et de rapides hallucinations.

Quelquefois, enfin, le délire se compose particulièrement d'une idée exclusive, autour de laquelle viennent, pour ainsi dire, se grouper toutes les idées désordonnées; ou, dans un délire plus général, apparaît une série d'idées dominantes sur un même objet, une passion fortement prononcée qui fixent le plus souvent l'attention du malade et de ceux qui l'observent : c'est la *monomanie*, ou manie sans délire, autrefois connue dans la science sous le nom de mélancolie, parce que les individus qu'elle affecte sont enclins à l'abattement et au désespoir. Les idées exclusives ou dominantes des monomanes sont ordinairement relatives aux passions et aux affections. Les uns sont poursuivis par des terreurs religieuses, par des chagrins imaginaires, par de chimériques terreurs. D'autres sont le jouet des sens, soit qu'ils se trompent sur les qualités du corps, soit qu'ils éprouvent des hallucinations.

254. Reprenons maintenant ces différentes classes d'aliénés, et

[1] *Voyez* le Traité sur l'aliénation, de Pinel; les Observations médico-légales sur la folie, par le docteur Georget; la Médecine légale relative aux aliénés, par Hoffbauer; Essai médico-légal, par le professeur Fodéré, et Traité de médecine légale, par le même; M. Esquirol, v° *folie*, Dict. des sciences méd.; Leçons de médecine légale, par Orfila.

essayons de déterminer les effets du principe d'irresponsabilité de la loi pénale relativement à chacune d'elles.

L'*idiotie complète* soulève peu de difficultés. L'idiot, en effet, n'a aucune perception des idées communes ; sa vie, purement végétative, ne connaît d'autres sensations que celles que lui font éprouver ses besoins matériels ; il ne peut donc être responsable de ses actions : *fati infelicitas eum excusat*. Et puis l'appréciation de l'idiotie est sujette à peu d'erreurs ; ses signes caractéristiques sont simples et faciles à vérifier ; ce n'est point un fait isolé et passager, c'est un état qui remonte presque toujours jusqu'à l'enfance, et dont il est permis de suivre les phases diverses [1].

Mais cette maladie a ses degrés et ses nuances. A côté de l'idiot complet on rencontre fréquemment ces êtres dégradés par le crétinisme et à demi idiots, dont les facultés imparfaites perçoivent quelques idées, mais en petit nombre et confusément; ces infortunés, qu'un auteur [2] nomme *demi-imbéciles*, et dont l'intelligence n'a que des lueurs incertaines, doivent-ils être considérés comme en état de démence ? La disposition de l'article 65 doit-elle les protéger ?

Il est peut-être nécessaire de remarquer qu'il ne s'agit point ici de l'*ignorance*, qui, portée à un certain degré, semble participer de l'idiotisme. La loi, sous l'expression générale de démence, n'a pu comprendre que les maladies mentales. Et d'ailleurs l'ignorance, lorsqu'elle est réelle, peut être une cause d'atténuation de la peine, et non de justification ; car, d'une part, l'agent doit s'imputer d'avoir négligé d'acquérir les connaissances nécessaires pour éviter le mal qu'il a commis ; et, d'un autre côté, la loi pénale a sa sanction dans la conscience, et si l'ignorance peut l'obscurcir, elle ne peut l'abolir entièrement. Il est évident, au reste, que nous ne parlons ici que de l'ignorance qui agit en suivant une idée fausse ou des préjugés

[1] An idiot cannot be guilty of a crime. Stephen's Summary of the criminal law, p. 3.

[2] M. Orfila, Leçons de méd. lég., t. 2, p. 48.

absurdes, mais qui délibère et qui agit volontairement; car le mal qui serait le résultat d'une erreur accidentelle, d'un cas fortuit, d'une imprudence, ne serait nullement imputable, puisqu'il ne serait ni prévu ni volontaire[1].

255. La démence, dans le sens légal de ce mot, n'est point une complète abolition de l'intelligence : *furor continua mentis alienatio quâ quis omni intellectu caret*[2]. Cette définition serait évidemment trop absolue, puisqu'elle rejetterait hors des termes de la loi tous les aliénés qui auraient conservé quelques rayons, même à demi éteints, de leur intelligence, tous ceux même à qui la maladie permettrait de jouir encore de quelques intervalles lucides.

Ce que la loi exige pour dégager l'agent de sa responsabilité, c'est qu'il soit atteint d'une maladie mentale, c'est que cette maladie ait été assez grave pour suspendre ou détruire sa volonté : mais il importe peu que cette perte de la pensée soit absolue ou incomplète; il suffit, d'après le texte même du code, que le prévenu n'ait pas joui de ses facultés morales au temps de l'action. Ainsi, lorsque la débilité de ses facultés est telle qu'elle exclut nécessairement dans l'agent la volonté, il est évident qu'elle doit aussi bien le justifier que leur privation complète.

Mais, en admettant même cette interprétation, la difficulté ne peut se résoudre que dans une question de fait, puisque les espèces où elle se produit échappent par leur diversité à une formule générale, et que ce n'est point par la loi, mais bien par les jugements, que les cas individuels peuvent être résolus. Toutefois on a prétendu que les demi-idiots discernent, en général, le mal des actes les plus graves que condamne la loi naturelle, tels que l'homicide et le vol, et que l'excuse qu'ils peuvent invoquer doit dès lors être circonscrite aux actes défendus par les lois positives; mais une telle distinction, qui ne s'appuie que sur des probabilités, ne pourrait servir de base aux présomptions de la justice : toute règle en cette matière se tra-

[1] L. 9, § 2, Dig. de jur. et fact. ignor.

[2] L. 14, Dig. de off. præs.

duit dans la vérification des faits. Si le juge reconnaît un idiotisme complet, il doit décharger l'accusé de toute responsabilité; s'il ne constate qu'un affaiblissement plus ou moins prononcé, qu'une privation partielle des facultés mentales, il doit examiner si l'intelligence incomplète ou confuse de l'agent a pu discerner le caractère de l'acte qu'il a commis, et s'il résulte des circonstances qui ont accompagné et suivi cet acte qu'il avait la conscience de son immoralité; l'imputabilité dépend de cette appréciation.

La *manie* et la *démence*, qui se décèlent, l'une par un délire général et continu, l'autre par la nullité complète des facultés morales, n'offrent la plupart du temps dans la pratique que des difficultés secondaires. En effet, le caractère de ces deux maladies se reconnaît facilement : elles ne se trahissent point par un acte extraordinaire et isolé, mais par une série d'actes successifs; la science peut en suivre les progrès, en observer les phases, en constater l'existence. Ici s'applique la définition de la loi romaine : *continua mentis alienatio*; et il faut ajouter également : *furiosus satis ipso furore punitur* [1]; car c'est surtout à l'égard des maniaques et des insensés, dont la maladie emporte une entière privation des facultés intellectuelles, que la justification n'admet aucune incertitude, et que l'application d'une peine est repoussée par son injustice autant que par son inefficacité.

256. Toutefois une question que les anciens criminalistes ont longtemps agitée, est de savoir si les maniaques et les insensés sont responsables des actes qu'ils ont pu commettre pendant les intervalles lucides dont ils jouissent. La loi romaine admettait cette responsabilité : *Si verò, ut plerumquè adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, num fortè eo momento scelus admiserit, nec morbo ejus danda est venia, diligenter explorabis, et si quid tale compererit, consules nos ut æstimamus, an per immunitatem facinoris, si eum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficien-*

[1] L. 14, Dig. de off. præs.

dus sit [1]. Les anciens jurisconsultes ont suivi cette opinion [2], et on la retrouve encore dans quelques législations modernes. C'est ainsi que le code pénal d'Autriche excuse l'accusé, soit quand il est totalement privé de sa raison, soit quand il a commis son action pendant une aliénation d'esprit intermittente, durant le temps de l'aliénation [3].

Cette question ne nous semble point avoir toute l'importance que quelques auteurs y ont attachée. La surveillance étroite qui environne les maniaques, même dans les intermittences de leur maladie, ne leur permet que difficilement de se livrer à des actions criminelles. Si néanmoins ils commettent un crime, soit dans un intervalle lucide, soit après une interruption plus ou moins longue de la maladie, il n'est pas douteux qu'ils n'en soient moralement responsables, puisqu'on suppose que l'acte a été accompli en toute connaissance de cause. Mais cette responsabilité doit-elle entraîner ses effets légaux? Ne peut-on pas présumer que l'état habituel d'aliénation a pu exercer quelque influence sur la détermination de l'agent, alors même qu'aucun signe ne la décèle? Et comment constater la lucidité d'un intervalle dans une maladie mentale? Quel juge oserait affirmer que cette intelligence, tout à l'heure éteinte, a repris subitement toutes ses clartés? Enfin, faudra-t-il attendre pour le jugement un autre intervalle lucide? Et la folie ne pourra-t-elle pas survenir au milieu de l'instruction, et avant que la justice ait achevé son cours?

Ces considérations semblent assez graves pour faire décider que le maniaque, qui dans une intermittence de sa maladie a commis un crime, ne doit pas, en général, être mis en jugement. Cependant M. Carnot paraît penser que le texte du code s'oppose à cette décision [4]. Cette opinion, qu'il n'appuie du reste d'aucun motif, se fonderait sans doute sur ce que l'article 64 semble exiger l'existence de

[1] L. 14, Dig. de off. præs.

[2] Farinacius, de pœn. temp., quæst. 94, n° 6; Muyart de Vouglans, p. 25.

[3] 1re p., art. 2, § 1 et 2.

[4] Comm. du cod. pén., t. 1, p. 202.

l'aliénation *au temps de l'action*, pour lui donner la puissance d'une excuse; mais pourrait-on soutenir qu'il n'y a pas eu démence au temps de l'action, par cela seul que le malade aurait agi dans une intermittence de la maladie, si l'influence de cette démence a pu s'exercer même dans un moment prétendu lucide, si l'état habituel d'affaissement ou de perturbation des facultés morales du prévenu a pu réagir, même d'une manière inaperçue, sur son action [1] ? Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Au reste, les anciens criminalistes posaient en règle, comme une borne à la rigueur de leur système, qu'en cas d'incertitude sur la criminalité de l'acte, cet acte devait être réputé commis sous l'empire de la maladie : *Si dubitetur quo tempore delinquerit, an tempore furoris, an sanæ mentis, in dubio est potiùs quod delinquerit tempore furoris* [2] ; et ils ajoutaient que la preuve que le crime a été commis dans un intervalle lucide doit être faite, soit par l'accusation, soit par la partie qui poursuit le procès [3].

257. Nous arrivons à la partie la plus difficile de cette matière, à la folie partielle, généralement connue sous le nom de *monomanie*. De graves débats se sont élevés à ce sujet : les uns, trop préoccupés des motifs d'impulsion au crime, paraissent disposés à couvrir de l'excuse de la démence tous les faits qui sont commis sans qu'on aperçoive aucune des causes qui expliquent d'ordinaire, sans la justifier, l'action criminelle; les autres, au contraire, ont nié jusqu'à l'existence d'une démence partielle; ils ont prétendu que cette affection extraordinaire et bizarre avait été créée par une philanthropie mal éclairée, pour arracher quelques coupables à la juste sévérité de la loi.

L'existence d'une démence partielle peut-elle être révoquée en doute? Les actes de monomanie sont-ils des actes de démence? Des faits incontestables répondent à cette question. Les anciens criminalistes ont rapporté plusieurs exemples d'actes instantanés et frénéti-

[1] L'art. 489 du C. C. vient à l'appui de cette opinion.

[2] Farinacius, quæst. 98, no 8.

[3] Jousse, Comm. sur l'art. 1, tit. 28 de l'ord. crim. de 1670.

ques commis sans motifs apparents. Les médecins qui ont écrit sur la manie ont recueilli un plus grand nombre de ces faits dans ces derniers temps, et ce problème n'en est plus un pour la science[1]. On a reconnu qu'il pouvait y avoir absence de raison, absence de la connaissance du bien et du mal, relativement à certains objets, sans que vis-à-vis des autres il y eût altération sensible des facultés intellectuelles. Le délire est quelquefois tellement exclusif, et l'intelligence est tellement libre sous tous les autres rapports, que le malade peut paraître sain d'esprit, tant qu'il ne dirige pas son attention vers l'objet sur lequel il extravague.

Et en effet, comment expliquer ces agressions qui contrastent si fortement avec les affections et les passions ordinaires des hommes; cette frénésie, véritable anomalie dans la nature humaine, qui ne se révèle par des déterminations atroces qu'après avoir longtemps rongé le cœur qui l'ensevelissait, ou qui tout à coup éclate au moment même où elle s'empare de l'intelligence? Y a-t-il beaucoup d'homicides commis par des personnes honnêtes, sans motifs réels, sans intérêt, sans esprit de vengeance ou de cupidité? Ne serait-ce pas calomnier l'humanité que de supposer sain d'esprit l'homme capable de commettre un horrible forfait, pour le seul plaisir de se baigner les mains dans le sang de ses semblables?

Cependant on a essayé d'écarter l'idée de maladie, et de rattacher ces frénétiques accès à quelques vices horribles, à des goûts de bizarre cruauté, à d'affreux caprices de misanthropie, à une haine invétérée contre les hommes, transformée en un instinct de férocité et une soif de sang.

Il est possible que l'homme qui a parcouru tous les degrés de l'immoralité finisse par descendre à la dépravation la plus horrible, et par ressentir les appétits de la bête féroce. Il est possible que le coupable, qui a longtemps nourri dans son sein une criminelle pensée, se

[1] Examen des procès criminels des nommés *Leger*, *Papavoine* et de la fille *Cornier*, par le docteur Georget; Médecine légale, par Hoffbauer; M. Marc, Dict. des sciences médicales, v° *aliénés*; Médecine légale de Fodéré; Leçons de M. Orfila; Observations de M. Esquirol et de M. Pinel.

trouve tout à coup enchaîné comme un esclave au crime que ses désirs ont caressé, et l'accomplisse avec fureur. Nulle voix ne s'élèverait assurément pour écarter la responsabilité de la tête de ces hommes. Ils ont connu l'immoralité de leur penchant; ils ont eu la conscience du mal qu'ils voulaient faire; ils ne sont tombés dans l'égarement que lorsque la perversité de leur pensée les a précipités dans le crime : ils sont responsables. L'égarement qu'ils ont pu manifester au moment de l'exécution ne saurait seul être une cause de justification; car l'approche d'une horrible catastrophe, la consommation d'un crime, peuvent jeter la perturbation dans l'esprit sans nuire à la puissance de la raison. Ce trouble, cet égarement que les plus grands coupables décèlent, sont un hommage à la conscience humaine; ils accusent celui qui les a ressentis, loin d'atténuer son crime.

Mais ces hommes, quelque dépravés qu'on les suppose, ont une horreur profonde pour les crimes qu'ils ont commis; ils apprécient le mal qu'ils ont fait; ils en éprouvent le remords; ils savent qu'ils ont cédé à une passion qu'ils pouvaient combattre, et non à une maladie invincible; enfin, il est possible de saisir la suite des idées qui les ont conduits au crime. A la vérité, ces différentes circonstances sont souvent difficiles à constater. Des nuances plus ou moins prononcées, et qui échappent même à l'observation, séparent seules ces frénétiques des monomanes. C'est là même l'objection la plus forte qu'on ait opposée à l'excuse de la monomanie; car personne n'a demandé l'application d'une peine à un homme en démence, mais on a craint que cette démence ne fût un prétexte pour sauver de vrais coupables.

258. C'est à la science que la justice doit demander des lumières pour ne pas égarer ses décisions; des travaux ont permis de poser quelques règles qui sont comme des jalons destinés à diriger ses pas. Ainsi, les médecins ont remarqué qu'en général, dans les délires exclusifs, le trouble de l'intelligence est rarement limité; la plupart des malades paraissent préoccupés, incapables de leurs occupations habituelles, inhabiles à se livrer à un travail continu; ils oublient les personnes qui leur étaient les plus chères, ou ils n'y pensent

qu'avec un sentiment de défiance ou pour les accuser d'injustice ; enfin ils sont de temps en temps en proie à des paroxysmes d'agitation et d'un délire plus général [1]. Un autre caractère de la démence partielle est l'existence d'une idée dominante, exclusive, sous l'empire de laquelle le crime a été commis. Hoffbauer pose en principe que, dans cette sorte de délire, la présence seule de cette idée fixe peut excuser [2]; et en effet, en dehors de ce point unique, l'agent comprend, raisonne, possède toute son intelligence. Il est donc essentiel de reconnaître l'idée exclusive sur laquelle repose la démence, et d'examiner les rapports de cette idée avec les causes apparentes du crime. L'irresponsabilité doit être partielle comme la folie.

Enfin, l'absence de tout intérêt, et l'indifférence à l'égard du châtiment, sont encore des traits distinctifs de la démence. Mais il faut prendre garde que ces signes peuvent se rencontrer chez des hommes que l'abrutissement du vice ou le dégoût de la vie jettent dans le crime. Ceux-ci sont libres, et par conséquent responsables; la maladie seule, on le répète, détruit la culpabilité.

Lorsque l'existence de la démence partielle est établie, il est évident qu'on doit appliquer aux monomanes les mêmes règles que pour l'appréciation de la folie complète. Le jugement est plus difficile, mais les principes sont nécessairement les mêmes; il s'agit toujours de vérifier si le prévenu a eu la conscience du mal qu'il a commis.

Il n'est pas douteux, d'ailleurs, que l'article 64 ne comprenne la monomanie dans l'expression *démence* dont il se sert ; car la seule condition qu'exige cet article, est que l'accusé ait été en état de démence *au temps de l'action*. Il ne demande point que cette démence ait été habituelle et continue ; l'aliénation, même momentanée, peut donc justifier l'accusé lorsqu'elle est constante. Ce principe avait été posé par la cour de cassation, avant même que le code l'eût con-

[1] M. Georget, v° *folie*, Dict. de médecine.

[2] Médecine légale, ou les lois appliquées aux désordres de l'intelligence, p. 103 et 106.

sacré. En effet, dans une espèce où un militaire qui avait frappé à mort l'un de ses camarades, *dans un accès d'épilepsie*, avait été condamné par un conseil de guerre, la cour de cassation déclara « qu'il résultait du jugement que le prévenu était, *dans le moment de l'homicide* par lui commis, atteint d'une maladie qui lui avait causé des accès de rage et de fureur *qui n'étaient pas naturels;* que cette déclaration, d'où résultait le défaut de culpabilité, entraînait nécessairement l'acquittement du prévenu[1]. » On peut donc regarder comme certain que toutes les fois que le fait a été commis dans un moment de démence même accidentelle, l'auteur de ce fait doit être à l'abri des peines que la loi ne décerne que contre les coupables. Ce principe est conforme à la raison. Qu'importe que la démence soit complète ou partielle? Il suffit qu'elle ait produit, même instantanément, l'abolition de la pensée, pour que l'agent ne soit pas coupable. La société ne peut lui imposer une expiation, si au moment même du crime il n'a pas agi librement. La démence complète entraîne, à la vérité, moins de chances d'erreur de la part des juges; mais la raison de justification est la même dans les deux cas. Ensuite, dans ces deux hypothèses, la peine est inutile, parce qu'elle est inefficace: la crainte du châtiment n'a point retenu les monomanes; l'affliction de la peine ne guérirait point l'erreur de leurs passions. Heureusement, d'ailleurs, ces hommes sont en petit nombre; et s'il était vrai, ce qui est un des mystères de l'humanité, qu'il existât des espèces de folie dont l'homme a la conscience, qu'il peut contenir par un certain genre de vie, et dont il peut jusqu'à un certain point s'imputer les excès, du moins leur impunité n'aurait point le même péril qu'à l'égard des crimes ordinaires.

On a distingué plusieurs variétés de la monomanie: la plus terrible est la *monomanie homicide*, autrefois appelée homicide bestial. Les malades sont poussés à répandre le sang par des motifs imaginaires qui agissent puissamment sur leur esprit. Quelques-uns seulement éprouvent un instinct sanguinaire, une impulsion plus ou moins vio-

[1] Cass. 8 frim. an XIII, Sir. 1820, 1, 493.

lente et quelquefois irrésistible à l'homicide avec la conscience de leur état. Les autres entendent une voix intérieure, obéissent au doigt de Dieu qui leur désigne une victime, veulent arracher d'innocentes créatures à la corruption du monde, ou pensent s'affranchir de prétendus ennemis ou de génies malfaisants. On connaît également des cas assez nombreux de *la monomanie incendiaire;* cette démence partielle offre ce caractère étrange qu'elle se communique par une sorte de contagion. On a vu des personnes s'armer de la torche en écoutant le récit d'un incendie : inexplicable problème de la volonté humaine ! Enfin la monomanie du vol a présenté d'incontestables exemples ; la preuve en est plus difficile, parce qu'on ne peut dire qu'il y ait absence d'intérêt, à moins que la chose volée ne soit que d'une faible valeur, eu égard à la position de celui qui l'a prise. Mais, dans ces divers cas, l'aliénation mentale a des caractères qui lui sont propres, des signes qui la révèlent ; et il faut en prouver l'existence, lorsqu'on allègue cette maladie comme moyen de défense.

259. L'exception justificative de la démence fait naître encore d'autres questions. Il s'agit de savoir si elle peut être étendue à certaines perturbations de l'intelligence qui ne prennent point leur source dans la démence proprement dite, mais qui offrent plusieurs des caractères et des effets de cette maladie. Telles sont les passions et l'impétuosité de la colère; tels sont encore le somnambulisme et l'ivresse.

Quelques personnes ont voulu assimiler la puissance des passions humaines à l'aliénation mentale, la fureur de l'homme en proie à la jalousie ou au désespoir à la fureur de l'aliéné. On a demandé si une passion exclusive et dominante ne peut pas être considérée comme un accès de monomanie, et si cette passion ne peut pas exciter momentanément un état d'aliénation.

Ces questions ont été fréquemment soulevées dans l'intérêt de la défense devant les cours d'assises, pour excuser les crimes commis dans un moment d'emportement. « Il est, disait un célèbre avocat, diverses espèces de fous ou d'insensés : ceux que la nature a condamnés à la perte éternelle de leur raison, et ceux qui ne la perdent

qu'instantanément par l'effet d'une grande douleur ou d'une grande surprise, ou de toute autre cause pareille. Il n'est de différence entre ces deux folies que celle de la durée ; et celui dont le désespoir tourne la tête pour quelques jours ou pour quelques heures, est aussi complétement fou pendant son agitation, que celui qui délire pendant beaucoup d'années [1]. »

Il importe de repousser une doctrine qui nous paraît aussi erronée qu'elle est dangereuse. D'abord, il n'est pas vrai, aux yeux de la science, qu'une passion puisse exciter un dérangement momentané des facultés intellectuelles. Les annales de la médecine n'ont point encore signalé de folie *temporaire* qui soit née et qui ait cessé avec une passion dominante [2]. Les passions peuvent être la source d'une affection *persistante*, et ce sont même de toutes les causes de la folie les plus nombreuses et les plus puissantes. Mais on ne saurait apercevoir les symptômes d'une aliénation réelle dans ces troubles de l'esprit, quelque graves qu'ils soient, qui voilent l'intelligence comme d'un nuage, mais qui disparaissent avec leur cause.

En assimilant les passions à l'aliénation mentale, on justifie l'immoralité en la plaçant sur la même ligne que le malheur ; on l'encourage, en offrant l'impunité comme une peine à ses débordements. L'infortuné dont une maladie a ébranlé l'intelligence obéit comme une machine à une force motrice dont il ne peut combattre la puissance ; l'homme qui agit sous l'empire d'une passion a commencé par laisser corrompre sa volonté, et c'est sa volonté qui, emportée par la passion, s'est précipitée dans le crime : le premier subit un pouvoir irrésistible, l'autre a pu résister et ne l'a pas voulu. Dans le paroxysme même de la passion la plus délirante, l'homme ne cesse point d'avoir la perception du bien et du mal, et de connaître la nature des actes auxquels il se livre ; l'amour, la jalousie, la vengeance, peuvent le subjuguer ; il cède à l'entraînement de ses désirs, mais il trouverait dans son sein la force de les combattre. Les passions

[1] Barreau français : M. Bellart, plaidoyer pour Joseph Gras.

[2] Le docteur Georget, Dict. de médecine, v° *folie*.

violentes abrutissent le jugement, mais ne le détruisent pas; elles emportent l'esprit à des résolutions extrêmes, mais elles ne le trompent ni par des hallucinations, ni par des chimères; elles excitent momentanément des sentiments de cruauté, mais elles ne produisent pas cette perversion morale qui porte l'aliéné à immoler sans motifs l'être qu'il chérit le plus. En un mot, il n'y a pas suspension temporaire des facultés de l'intelligence; l'homme agit sous l'empire d'un sentiment impérieux qui le maîtrise, mais il a accepté cette domination, il agit volontairement.

La loi pénale doit donc être entendue dans ce sens, que le motif de justification qu'elle établit ne doit s'appliquer qu'aux seuls accusés qui sont atteints de démence. Sans doute, sous cette expression il faut comprendre toutes les nuances que la science médicale a reconnues dans l'aliénation mentale; mais la condition nécessaire pour que l'agent soit justifié, est qu'il y ait maladie, lésion complète ou partielle des facultés de l'intelligence. Toute perturbation des sens qui prend sa cause, non dans une maladie mentale, mais dans les frénésies ou la corruption de la volonté, ne peut invoquer une excuse qui n'appartient qu'à la maladie. Ce principe n'admet aucune exception; en le maintenant dans ses limites précises, on lui confère d'ailleurs une puissance moins contestable à l'égard des espèces si variées de la folie partielle.

Cependant, si les passions ne peuvent être assimilées à des accès de monomanie, on ne peut méconnaître qu'elles obscurcissent, qu'elles enchaînent même la volonté, et ne lui laissent pas dès lors la liberté nécessaire pour commander à l'impulsion de leurs désirs. La responsabilité morale n'a pas disparu, mais elle s'affaiblit. Elles ne peuvent être invoquées comme motifs de justification, mais comme motifs d'atténuation de la peine. « *Jurisconsulti sanxerunt delicta quæ irâ aut dolore concitati commisimus non esse severiùs punienda* [1]. »

En effet, la conscience universelle a admis des distinctions entre

[1] Tiraqueau, p. 15; Farinacius, quæst. 98, n° 77; Baldus, in l. impuberum, C. de impub.; Julius Clarus, in pract., quæst. 61, n° 7.

l'homicide commis de sang-froid, que la vengeance ou la cupidité ont longtemps prémédité, et l'homicide qu'un moment de jalousie frénétique ou qu'une violente provocation ont fait commettre. Le danger social et la criminalité elle-même ne sont pas les mêmes dans ces diverses espèces. La justice, comme la raison politique, commande donc des degrés distincts dans la pénalité.

C'est en obéissant à cette loi morale que notre code a séparé les crimes commis avec ou sans préméditation. Il abandonne ensuite aux juges et aux jurés le pouvoir d'abaisser les peines, par l'effet des circonstances atténuantes, d'après les nuances infinies que réfléchissent les passions humaines, et les motifs d'excuse qui peuvent se puiser dans leur cause, dans les combats de l'agent avec lui-même, dans ses efforts pour lutter contre le sentiment qui l'a dominé, dans ses regrets et ses pleurs. Là s'arrête l'indulgence de la loi; l'accusé peut paraître digne de pitié, mais il reste coupable à ses yeux. Il doit, en effet, se reprocher d'avoir nourri un désir qui s'est peu à peu changé en une indomptable passion, ou de s'être imprudemment placé dans une position qui a dominé sa volonté, et lui a fait du crime une sorte de nécessité.

260. Les mêmes motifs peuvent s'appliquer au crime commis dans l'émotion d'une colère violente ou d'une juste douleur. « *Quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non priùs ratum est, quàm si perseverantiâ apparuit judicium animi fuisse* [1]. » La colère, de même que la passion, n'est point une cause de justification, car l'homme a le pouvoir de dominer ses émotions et de s'en rendre maître; mais elle peut être invoquée comme un motif d'excuse, et même, dans certains cas, son effet légal est plus étendu que celui des passions. C'est que l'emportement de la colère diffère sous un rapport de l'emportement d'une passion désordonnée. L'homme dont une cause imprévue et subite trouble l'esprit, n'a pas, comme celui qui est en proie à la jalousie, laissé fermenter dans son sein le poison qui, plus tard, bouleverse sa raison. Il cède à un transport instan-

[1] L. 48, Dig. de div. reg. juris.

tané; il n'a pu le prévenir ni en écarter la cause ; aussi a-t-on assimilé la colère à la folie : *ira furor brevis*. Le devoir du législateur est de remonter à la source de cet emportement, et de discerner la nature des faits qui l'ont excité, *cùm sit difficillimum justum dolorem temperare* [1]. L'excuse n'est pas dans la colère elle-même, mais dans la cause : « *Simplex iracundiæ calor non excusat, nisi justa causa præcedat* [2]. Les anciens jurisconsultes distinguaient les causes de la colère, *justæ ac injustæ causæ iræ aut doloris*. Le code pénal, qui a suivi en cela la loi romaine, couvre le crime commis dans un moment de colère ou de douleur, du voile de l'excuse légale, lorsque le crime a été provoqué par des coups ou des blessures (article 321), par l'adultère de l'épouse dans la maison conjugale (art. 324), enfin par un outrage violent à la pudeur (art. 325). Voilà les justes causes de colère que reconnaît la loi; elles dépouillent le crime de son caractère et l'abaissent au rang des délits. Mais, hors de ces cas, la colère ou la douleur rentrent dans la classe des circonstances atténuantes, et peuvent seulement motiver une atténuation de la peine : « *Non excusant in totum, sed tantùm faciunt ut mitiùs delinquens puniatur* [3]. »

261. L'imputabilité des actes commis *en état de somnambulisme* a donné lieu à des opinions diverses. Le mystérieux travail de l'intelligence pendant le sommeil échappe à l'observation, et dès lors ce n'est que sur de vagues présomptions que les discussions ont pu s'asseoir. « Et ces discussions oiseuses, a dit M. Rossi [4], ne méritent d'être citées que comme un exemple de la témérité de l'homme, lorsqu'il prétend se lancer sans frein et sans guide dans le domaine de la justice morale. Il suffit de se rappeler un instant les formes et les imperfections de la justice humaine, pour reconnaître qu'elle n'a

[1] L. 38, § 8, Dig. ad leg. Juliam de adulteriis.

[2] Farinacius, quæst. 91, n° 18.

[3] Farinacius, quæst. 91, n° 4. *Voy.* encore l. 16, § 2, Dig. de pœnis; l. 1, § 2, Dig. ad S. C. turpil.; l. 2, C. de abol.

[4] Traité du droit pénal, t. 2, p. 187.

ni les moyens, ni le besoin, ni le droit de s'enquérir des actions commises pendant le sommeil. »

Nous pensons également qu'il faut établir en principe que les somnambules ne sont point responsables des actes qu'ils ont commis dans leur sommeil. Ce n'est point par une assimilation, que la loi ne permet point d'ailleurs, du somnambulisme à la démence; mais la volonté du somnambule est trop incertaine, pour qu'on puisse le rendre responsable de ses actes; il y a doute, doute complet, sur la culpabilité : l'agent doit être absous. Telle était aussi la règle mise en pratique dans l'ancienne jurisprudence d'après la maxime : *dormiens furioso æquiparatur* [1].

Cette règle avait quelques exceptions. Si le somnambule connaissait sa maladie et n'avait pas pris les précautions que la prudence lui suggérait, le crime lui était imputé [2]. Mais il est évident que, dans ce cas même, il n'était coupable que d'imprudence ou de négligence; et telle est aussi le décision de la loi que les jurisconsultes citent à l'appui de l'imputabilité pénale : « *Culpam est quod à diligente provideri poterit, non esse provisum* [3]. »

Une autre exception a été établie pour le cas où l'agent aurait ratifié à son réveil l'action qu'il a commise en état de somnambulisme [4]. Cette approbation, en effet, révèlerait une volonté criminelle préexistante au crime; elle indiquerait que le somnambule n'a fait qu'exécuter machinalement un dessein conçu à l'avance, et dont la pensée préoccupait encore son sommeil; et cependant, même dans cette hypothèse, combien insuffisantes sont les présomptions! Qui dira si cette volonté, sans guide, ne se serait pas arrêtée de sang-froid devant l'exécution? Une large distance sépare le désir et l'action ; et l'acte du somnambule ne doit être considéré que comme un désir hautement manifesté. Or la jouissance immorale qu'il en a ressenti indique-

[1] Tiraqueau, de pœn. temp., p. 15; Farinacius, quæst. 98, n° 63; Muyart de Vouglans, p. 29.

[2] Farinacius, quæst. 98, n° 70.

[3] L. 31, Dig. ad. leg. Aquil.

[4] Menochius, de arb., quæst. lib. 2, casu 327, n° 8.

t-elle suffisamment qu'au désir il joint l'audace de l'exécution? Pourrait-on en induire d'une manière certaine la préméditation?

Cependant les jurisconsultes et les professeurs de médecine légale ont été plus loin. Ils ont prétendu que si l'agent avait une inimitié capitale, le crime lui serait imputable, parce que ce crime ne serait alors qu'une exécution des sentiments criminels qu'il aurait nourris pendant son réveil [1]. On pourrait soutenir avec autant de raison que toutes les actions des somnambules ont leur source dans une pensée préexistante, et ne sont que l'exécution d'un projet, d'une intention criminelle conçue durant les veilles; mais sur quelle fragile base reposerait une telle criminalité! Comment remonter à une intention que couvre le mystère du sommeil? Par quelle échelle de présomption arriver à punir une intention présumée? Et même, en supposant prouvée une volonté criminelle préexistante à la perpétration, la culpabilité ne serait-elle pas incertaine encore, puisque le crime ne peut se former que par le concours simultané et non successif du fait et de la volonté? Au reste le somnambulisme, de même que les autres égarements de l'esprit, peut être simulé; c'est à celui qui l'invoque comme excuse à prouver que cet état moral lui est habituel, et qu'au temps de l'action, particulièrement, il s'y trouvait soumis.

262. L'*ivresse* est le dernier des états de l'intelligence qui présente de l'analogie avec la démence, et sa présence soulève les mêmes difficultés. Peut-elle produire l'effet de justifier l'agent? Doit-on lui reconnaître le caractère d'une démence passagère? Ces questions ont donné lieu aux discussions les plus diverses, aux opinions les plus contradictoires. Les uns n'aperçoivent dans l'ivresse aucun motif d'excuse; les autres dégagent, au contraire, de toute responsabilité l'agent qui a commis l'action en cet état; d'autres enfin distinguent entre les diverses espèces d'ivresse, et n'accordent ce privilége qu'à l'ivresse involontaire.

Arrêtons-nous d'abord à fixer le caractère intrinsèque de l'ivresse:

[1] Hoffbauer, loc. cit.; Fodéré, Traité de médecine légale; Muyart de Vouglans, p. 29.

lorsqu'elle est volontaire, alors même qu'elle n'est pas habituelle, il est évident qu'elle constitue un acte reprochable, une faute; cette faute peut même revêtir un caractère plus grave, lorsque l'ivresse se produit publique et qu'elle est accompagnée de scandale; la morale peut en être blessée, et l'ordre public est compromis. Aussi la législation offre plusieurs exemples de pénalités qui lui ont été appliquées. Un édit de François Ier, d'août 1536, portait contre les personnes ivres des peines afflictives assez graves[1]. Les statuts anglais punissent encore l'ivresse d'une amende, et, en cas de récidive, l'inculpé doit donner caution de bonne conduite[2]. Il est visible que la nécessité de cette pénalité dépend entièrement des pays, des habitudes, et des caractères mêmes des peuples.

Mais, que l'ivresse soit ou non réprimée, son caractère ne peut être que celui d'une faute, d'une infraction plus ou moins grave de police, en un mot, d'une imprudence. C'est sous ce seul point de vue que les législateurs qui l'ont punie l'ont considérée, et il est évident qu'elle ne pourrait, sans blesser la loi morale, être élevée au rang des délits. Maintenant ce caractère reçoit-il une modification si, pendant la durée de l'ivresse, l'agent a commis quelque crime? En d'autres termes, cet agent est-il responsable des actes auxquels il s'est livré dans cet état?

En thèse générale, cette question ne présente aucun doute à nos yeux. Il est certain que l'ivresse complète produit un complet aveuglement; elle place comme un nuage autour de l'intelligence; l'homme prend les instincts et suit les inspirations de la brute; il

[1] Quiconque sera trouvé yvre soit incontinent constitué et retenu prisonnier au pain sec et à l'eau pour la première fois; et si secondement il est reprins, sera, outre ce que devant, battu de verges ou fouet par la prison, et la tierce fois fustigé publiquement; et s'il est incorrigible, il sera puni d'amputation d'aureille, d'infamie et de bannissement de sa personne : et si est par exprès commandé aux juges, chacun en son territoire et distroict, d'y regarder diligemment. »

[2] Every person who shall be drunck shall fortfeit for the first offence five shillings; on a second conviction, shall be bound with two sureties in 10 liv. conditioned fur his good behaviour. (Stephen's Summary, p. 3.)

n'agit que machinalement, et sa raison ne participe point aux actes matériels auxquels il se livre. Cette ivresse, qui replace l'homme dans l'enfance, ou le plonge dans une passagère aliénation, doit donc aux yeux de la conscience l'exempter, comme l'enfance et la folie, des peines attachées à son action. L'être moral ne peut répondre des actes d'une machine. Telle est aussi l'opinion de M. Rossi. « L'ivresse, a dit ce professeur, lorsqu'elle est complète, ôte entièrement la conscience du bien et du mal, l'usage de la raison : c'est une sorte de démence passagère ; l'homme qui s'est enivré peut être coupable d'une grande imprudence ; mais il est impossible de lui dire avec justice : « ce crime, tu l'as compris au moment de le commettre [1]. » Et n'y aurait-il pas contradiction, en effet, à proclamer à la fois la criminalité et l'absence de la raison ? Comment l'agent répondrait-il moralement d'un fait auquel son intention n'a pas concouru ? Il est coupable d'une imprudence, d'une faute, mais on ne peut lui imputer un crime.

Cette distinction, qui est puisée dans la conscience humaine, a été sanctionnée par plusieurs législations. La loi romaine considérait l'ivresse comme un motif d'excuse : « *Per vinum aut lasciviam lapsis capitalis pœna remittenda est, et militiæ mutatio irroganda* [2]. » Cette peine modifiée était appliquée, disent les jurisconsultes, non à raison du délit commis en état d'ivresse, puisque le fait matériel, dépourvu d'intention, ne constitue pas un délit, mais à raison de la faute que son auteur a commise en s'enivrant : « *Ebrius punitur non propter delictum, sed propter ebrietatem* [3]. »

[1] Traité du droit pénal, t. 2, p. 188.

[2] L. 6, § 7, Dig. de re militari. — La loi 11, Dig. de pœnis, porte également cette distinction : « Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinquunt latrones, qui factionem habent. Impetu autem qui per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur. Casu verò, cùm in venando telum in feram missum hominem interfecit. » *Voyez* encore l. 12, C. de custodiâ et exhib reorum.

[3] Farinacius, quæst. 93, n° 4 ; Baldus, in l. data opera, § 6, C. de his qui accus. non possunt.

Le code d'Autriche a adopté cette décision : nulle action ne constitue un crime ou un délit quand l'auteur est en état de pleine ivresse (art. 2, § 3), mais les délits commis dans cet état sont punis comme de graves infractions de police (2e p., art. 3).

Toutefois, à côté de ces sages distinctions, la législation offre des solutions opposées. Les statuts de l'Angleterre proclament la responsabilité complète des individus qui ont commis des crimes durant l'ivresse[1], et la même règle absolue s'est reproduite dans les lois de l'Amérique[2]. L'ordonnance de François Ier allait même plus loin, et punissait les délits commis pendant l'ivresse d'une peine plus forte : « S'il advient que, par ébriété ou chaleur de vin, les ivrognes commettent aucun mauvais cas, ne leur sera pour cette occasion pardonné ; mais seront punis de la peine due audit délit et davantage pour ladite ébriété, à l'arbitrage du juge. » Cette dernière loi n'avait fait que reproduire l'opinion émise par Aristote et par Quintilien, que l'ivresse aggravait le crime, et devait donner lieu à deux peines, l'une pour le délit, et l'autre pour l'ivresse[3].

263. Ces décisions diverses se fondent sur une raison unique. C'est, dit Filangieri, que l'ignorance de l'homme ivre est absolument volontaire : il y a un mal dans la cause, il y a un mal dans l'effet[4]. Barthole avait déjà allégué ce motif : « *Danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur contra voluntatem suam*[5]. »

Que l'ivresse volontaire soit une faute, on ne l'a point nié. Mais s'ensuit-il que cette faute doive porter la peine d'un crime ? Faut-il placer sur la même ligne la légèreté de celui qui s'enivre et l'intention criminelle de celui qui se fait meurtrier ? Ne serait-ce pas assimiler deux actes qui n'ont entre eux aucune analogie, le meurtre

[1] Persons voluntarily drunk are liable for all crimes committed in that state. (Stephen's Summary, p. 5.)

[2] Drunkenness shall not be an excuse for any crime or misdemeanor. (Penal code of the state of Georgia, first div., sect. 9.)

[3] Arist. Ethic., lib. 1, c. 34 ; Quint. Orat. inst. 7, c. 1.

[4] Science de la lég., t. 4, ch. 13.

[5] Ad leg. 38 Dig., ad leg. Jul. de adult. — Voy. *infrà*, p. 550.

et l'homicide involontaire? L'homme qui s'enivre ne doit répondre que de l'imprudence qu'il fait en s'enivrant. Lui imputer les actes qu'il a exécutés quand il a perdu sa raison, c'est punir comme un crime un acte purement matériel, abstraction faite de la volonté coupable de l'agent.

Et puis, est-il vrai que l'ivresse soit toujours volontaire? Ne peut-on pas supposer, et n'est-il pas même assez fréquent que la chaleur du vin ou la joie d'un festin produisent subitement une ivresse tout à fait accidentelle et imprévue? Où serait alors la faute dont les décisions que nous avons citées font la base de leur pénalité? Et ne peut-on pas admettre encore que l'ivresse a été produite par des manœuvres coupables, étrangères à l'agent, et qui avaient pour but de le porter, à son insu, à un acte coupable? Dans cette hypothèse, son innocence est tellement évidente, que la loi de la Géorgie, tout en proclamant que l'ivresse n'est point une excuse, fait une exception pour le cas où elle a été occasionnée par les artifices d'un tiers [1]. Il est donc un cas où l'ivresse n'est pas une faute, et dès lors toute l'argumentation que l'on oppose s'évanouit.

Mais, il faut le reconnaître, ce n'est point dans le principe lui-même qu'est la discussion, c'est uniquement dans son application. On a craint de donner le caractère d'une excuse légale à un fait répréhensible en lui-même, et qu'il est toujours difficile de constater. On a vu le danger de légitimer une habitude immorale, et de préparer un voile à tous les crimes.

Il paraît certain, en effet, que la science médicale n'a pas de moyens pour discerner l'ivresse réelle de celle qui ne l'est pas : des individus possèdent à un haut degré l'art de la contrefaire; d'autres s'y disposent par un léger excès de boisson enivrante, mais dont la dose n'est point assez forte pour déranger leur raison. Aussi la difficulté des recherches judiciaires est extrême pour parvenir à établir le fait d'une complète ivresse. Mais s'ensuit-il que, pour trancher ces

[1] Unless such drunkenness was occasioned by the fraud, artifice, or contrivance of orther person. » (Loc. cit.)

difficultés, il faille, dans le doute, envoyer le prévenu au supplice? La justice doit marcher avec précaution; elle doit s'entourer de tous les indices, interroger toutes les preuves, et, de tous les éléments qui sont à sa disposition, former sa conviction. La nature du fait, les actes divers de l'agent, l'intérêt qu'il avait à l'action, les habitudes de sa vie, toutes ces circonstances viennent déposer de la vérité ou du mensonge de l'ivresse. La simulation de l'ivresse, comme celle de la démence, se dévoile toujours par quelque coin et par l'affectation même de l'homme ivre à le paraître. Et puis c'est au prévenu qui invoque l'ivresse pour excuse à la prouver : *Ebrius non præsumitur; onus probandi incumbit alleganti* [1].

264. Maintenant que nous avons reconnu le principe, hâtons-nous de le circonscrire dans d'étroites limites; car l'ivresse peut être une cause, mais non un prétexte d'excuse.

Et d'abord, on doit poser, avec les anciens criminalistes, une première distinction entre l'ivresse *complète* et l'ivresse *légère* [2]. La première seule peut avoir l'effet de justifier l'agent : une demi-ivresse peut toutefois atténuer le crime lorsqu'il est l'effet de cette exaltation passagère qu'elle produit d'ordinaire, et qui, sans supprimer dans l'homme ivre la conscience de lui-même et du mal qu'il fait, lui ôte l'usage de la réflexion. Il est possible de discerner, d'après les actes et la conduite de l'agent, si son ivresse était complète, ou s'il conservait la perception de la nature de son action. Cette distinction est importante dans la pratique pour établir l'imputabilité pénale. Le code d'Autriche, de même que les anciens jurisconsultes, n'accorde qu'à la *pleine ivresse* le pouvoir de décharger de la peine.

Une seconde distinction, non moins importante, doit être établie entre l'ivresse *imprévue* et l'ivresse *procurée*. Il est évident que l'homme qui a conçu le projet d'une mauvaise action, et qui cherche dans des liqueurs enivrantes, soit l'audace nécessaire à l'exécution de son dessein, soit un moyen d'étourdir sa conscience contre ses

[1] Farinacius, quæst. 93, nº 23.

[2] Farinacius, quæst. 93, nº 18.

remords, soit une excuse qu'il prépare à l'avance au crime qu'il médite, il est évident que cet homme ne saurait trouver une excuse dans une ivresse qui devient une véritable préméditation. Aussi les jurisconsultes n'ont-ils jamais protégé de la puissance de l'excuse cette sorte d'ivresse, *ebrietatem procuratam ac affectatam ad effectum ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum eâ excusaret* [1]. Telle est aussi la restriction apportée par le législateur de l'Autriche à son principe d'excuse. « Nulle action, dit la loi, ne constitue un délit, quand l'auteur est en état de pleine ivresse, *à moins qu'il ne s'y soit mis dans l'intention directe de commettre un délit.* »

Ainsi, l'ivresse complète et non préméditée est la seule que l'agent puisse alléguer et être admis à prouver comme cause de justification. Cependant on a fait encore une troisième distinction entre l'ivresse *habituelle* et l'ivresse *accidentelle.* Cette distinction a été proposée par Barthole, qui le premier a discerné l'homme ivre et l'ivrogne, *ebrium et ebriosum* [2]. La raison est que, si l'on conteste la culpabilité d'une ivresse accidentelle, on ne peut nier du moins la faute grave qui résulte d'une ivrognerie habituelle, et que nul ne peut rendre sa condition meilleure par son propre délit. La source de cet argument, que nous avons déjà combattu, est dans la loi 38, § 1, au Dig., *ad leg. Juliam de adulteriis*, dans laquelle se trouve cette maxime, que celui qui commet un fait illicite est tenu de toutes les conséquences de son action. Il est évident que cette maxime ne peut être appliquée en matière pénale. Mais il suffit d'ailleurs de remarquer que l'on a confondu ici la cause avec l'effet : l'ivresse ou l'ivrognerie peut être illicite, mais ce caractère ne peut exercer aucune influence sur la nature des actes qu'elle produit; car la question est toujours de savoir si l'agent a eu la conscience du mal de ces actes. Qu'importe, ensuite, que son ivresse fût accidentelle ou habituelle? L'infraction spéciale, *sui juris*, qui en résulte, la faute, l'imprudence de l'agent, peuvent être plus ou moins graves; mais dans l'un et

[1] Farinacius, quæst. 93, n° 21.

[2] Ad leg. 38 Dig., ad leg. Jul. adult.

l'autre cas son état mental est le même; le motif d'atténuation conserve donc la même puissance [1]. On ne devrait excepter que le seul cas où le prévenu, ayant déjà commis un crime en état d'ivresse, s'enivrerait de nouveau; car il serait permis d'apercevoir dans cette réitération l'indice d'une préméditation.

265. Revenons maintenant au texte de notre code. L'article 64 n'a formulé d'excuse qu'à l'égard de la démence, il a gardé le silence sur l'ivresse. Faut-il attribuer à l'ivresse le caractère d'une démence momentanée? Nous ne le pensons pas. L'ivresse peut avoir quelques-uns des effets de l'aliénation mentale, mais elle n'en a pas le caractère essentiel, le dérangement organique des facultés intellectuelles. La démence n'est point une expression générique qui puisse envelopper toutes les aberrations de l'esprit; on ne peut lui donner, dans la loi, d'autre sens que celui que la langue lui attribue; on doit donc le restreindre aux maladies du cerveau. On ne peut, d'ailleurs, admettre que l'ivresse ait pu être confondue par le législateur avec la démence; si son intention eût été de l'élever au rang des excuses, il l'eût évidemment mentionnée; son silence révèle la volonté formelle de lui refuser ce caractère.

Telle est aussi l'interprétation que la cour de cassation n'a cessé de maintenir par ses arrêts [2]; mais en ajoutant surabondamment : « que l'ivresse, étant un fait volontaire et répréhensible, ne peut jamais constituer une excuse que la morale et la loi permettent d'accueillir. » Motif erroné qui ne fait que reproduire la raison alléguée par Barthole, et qui semble dicter à l'avance au législatenr une prohibition absolue. Il suffisait de constater le silence de la loi.

Si donc, en théorie, l'ivresse, lorsqu'elle est involontaire et complète, et qu'elle est d'ailleurs valablement constatée, peut avoir la puissance de justifier l'agent, cet effet lui est refusé sous l'empire de notre code : elle ne peut être posée au jury et admise par les juges

[1] Carmignani, Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 286.

[2] Cass. 15 oct. 1807, Sir. 8. 1. 24; 18 mai 1815, Sir., 15, 393; 3 avril 1824, Sir. 24. 1. 323.

comme excuse légale des crimes et des délits. Mais il est néanmoins permis à l'accusé de l'alléguer dans sa défense, et de la prouver par ses interpellations aux témoins; car, si elle n'a pas le caractère d'une excuse légale, elle conserve celui d'un fait d'atténuation, et peut avoir l'effet d'abaisser la peine en motivant la déclaration des circonstances atténuantes. Elle peut exercer encore un plus grand pouvoir sur la conscience des jurés, qui ne doivent compte à personne des motifs de leur décision, et qui ont le devoir de prononcer un verdict de non-culpabilité, toutes les fois que l'accusé, soit par l'effet d'une ivresse complète, soit par l'effet de toute autre perturbation des sens, a agi sans pouvoir réfléchir à la portée de son action, et sans en comprendre la nature et la moralité.

266. Constatons ici, en résumant ce qui précède, et avant de pénétrer plus avant dans cette matière, les états de l'intelligence que la loi a voulu renfermer dans l'expression de *démence*. Nous en avons successivement écarté les passions, quel que soit le désordre qu'elles jettent dans l'esprit, le somnambulisme ou le sommeil, et enfin l'ivresse, même complète et involontaire. Ces diverses causes peuvent sans doute affaiblir et même abolir la criminalité de l'agent; mais leur examen rentre dans l'appréciation morale du fait, dans l'examen de la question de culpabilité elle-même. La loi n'a voulu donner qu'à la démence le caractère et les effets d'une excuse légale; or, par démence, on doit entendre, puisqu'aucun texte n'en a restreint le sens, toutes les maladies de l'intelligence, l'idiotisme et la démence proprement dite, la manie délirante et la manie sans délire, même partielle. Toutes les variétés de l'affection mentale, quelles que soient les dénominations que leur applique la science, quelque classification qu'elles aient reçue, revêtent la puissance de l'excuse, et justifient l'accusé, pourvu que leur existence au temps de l'action soit certaine, pourvu que leur influence sur sa perpétration puisse être présumée. C'est à ces termes que se résume à nos yeux la véritable théorie de l'article 64.

267. Cela posé, nous avons maintenant à rechercher les effets de

la démence constatée, sur l'instruction, sur les débats, sur le jugement, et enfin sur l'exécution de la peine.

Lorsque la présence de la démence, au temps même de l'action, est alléguée ou présumée, le premier soin de l'instruction doit être de vérifier si elle est réelle ou feinte, si le prévenu est de bonne foi, ou s'il y a fraude de sa part. Il importe que cette vérification soit faite aux premiers pas de la procédure, puisqu'il n'y a plus ni crime ni délit, si le fait incriminé a été commis par un homme en démence, puisqu'on doit s'empresser de soustraire au séjour des prisons un être qui n'est que malheureux et souffrant. Les visites, les interrogatoires, les rapports des gens de l'art, sont les plus sûrs moyens d'apprécier la véritable situation morale de l'inculpé. Les témoignages présentent en général plus de chances d'incertitude et d'erreur, parce que les témoins veulent juger les faits, et les jugent mal, parce qu'ils sont mus par des considérations de famille ou de faveur, à moins toutefois qu'ils ne se bornent à raconter des faits qui se sont passés sous leurs yeux. « *Non creditur testibus de furore deponentibus*, dit Boerius [1], *nisi causam reddant scientiæ.* »

268. La démence constatée, il serait aussi absurde qu'inhumain de mettre en jugement l'individu qui en est atteint. La justice n'a plus de mission à remplir; elle n'a point d'exemple à donner à la société; son jugement, au lieu de prononcer l'expiation d'une faute, ne ferait que constater une infortune; la poursuite doit donc s'arrêter. Avant le code d'instruction criminelle, il appartenait au directeur du jury d'apprécier la nature des faits et de suspendre la procédure [2]. Ce pouvoir pourrait encore être aujourd'hui exercé par le seul juge d'instruction depuis que ce juge a remplacé la chambre du conseil; il est investi, avec la chambre d'accusation, du droit d'apprécier si le fait poursuivi a les caractères d'un crime ou d'un délit, et de renvoyer des poursuites le prévenu contre lequel aucun indice

[1] Déc. 23, no 44.

[2] Loi du 5 pluv. an IX, art. 15.

de culpabilité n'existe art. 128 et 229 du C. d'inst. crim. modifiés par la loi du 17 juillet 1856). C'est donc à cette première juridiction qu'il appartient d'examiner la situation intellectuelle du prévenu, et de le décharger de la prévention, s'il est convaincu d'idiotisme ou de folie [1]. Elle ne pourrait même surseoir à statuer, jusqu'à ce que le tribunal civil eût prononcé s'il y a lieu de déclarer l'interdiction; ce principe a été consacré par un arrêt de la cour de cassation qui déclare : « que la question de savoir s'il y a lieu de faire interdire le prévenu, est absolument indépendante de celle de savoir s'il y a lieu de le poursuivre pour les délits qui lui sont imputés, et ne peut par conséquent être préjudicielle ; qu'en matière criminelle, la loi qui donne au juge le droit de décider s'il y a crime ou délit, lui donne par cela même et nécessairement le droit de décider si l'accusé ou le prévenu est, par son état moral, capable de l'intention perverse, sans laquelle il ne peut exister ni délit ni crime [2]. »

Ce n'est donc que lorsque la maladie n'offre que des signes incertains et paraît faiblement caractérisée, que les premiers juges doivent en laisser l'appréciation aux tribunaux correctionnels et aux cours d'assises. Une question qui a quelque intérêt peut alors s'élever aux débats : c'est de savoir si l'exception de la démence peut être posée au jury. La cour de cassation s'est toujours prononcée pour la négative [3], et ses motifs sont : « que les faits d'excuse laissent subsister le délit, et en modifient seulement le caractère et la peine, tandis que la démence, au contraire, anéantit la culpabilité et par conséquent tout délit ; d'où il suit qu'en posant la question de savoir si l'accusé est

[1] Dans l'ancienne jurisprudence, le droit des premiers juges, de constater la démence au temps de l'action, était également une règle constante. On peut consulter sur ce point la lumineuse dissertation de Jousse, Comm. de l'ord. de 1670, tit 28, art. 1, § 4.

[2] Cass. 9 déc. 1814, Sir. 15. 1. 284.

[3] Cass. 11 mars 1813, Sir. 17. 1. 92; 26 oct. 1815, Sir. 17. 1. 17; 9 sept. 1825, Bull. nº 181; 9 juin 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 312; 1 mars 1855, Bull. nº 71.

coupable, on demande nécessairement au jury si cet accusé était sain d'esprit, et si sa volonté était libre et indépendante au moment de l'action. » Ce raisonnement est rigoureusement exact. La démence, nous l'avons déjà dit, n'est point un fait d'excuse, mais un fait exclusif de la volonté et conséquemment de la culpabilité; elle se trouve donc implicitement comprise dans la question principale. Cependant M. Legraverend a pensé qu'il serait préférable de poser une question spéciale sur la démence, lorsqu'elle est formellement requise [1], et nous sommes parfaitement de son avis. D'abord le texte de la loi ne s'oppose nullement à cette position, puisque par excuse elle entend en général toutes les circonstances qui peuvent modifier la criminalité de l'agent, soit qu'elles ne tendent qu'à l'atténuer, soit qu'elles l'effacent complétement. Or, il importe que les jurés ne puissent concevoir aucun doute sur la portée de leur réponse; si l'on rejette une question sur la démence, ils peuvent penser qu'ils n'ont point à s'occuper de cette question; la clarté doit surabonder dans la position des faits; toute réticence qui tend à voiler la difficulté ou qui peut avoir cet effet est une faute grave. Ensuite, il importe à l'ordre public que des mesures de police puissent être prises à l'égard des accusés qui sont acquittés pour cause de folie; or, le seul moyen de connaître la cause de l'acquittement, est de poser une question spéciale.

Cependant si le jury, tout en déclarant l'accusé *coupable*, avait ajouté *qu'il était en démence*, l'acquittement devrait suivre une telle déclaration, bien qu'elle soit en apparence contradictoire: « Il est évident, en effet (et nous empruntons les termes d'un arrêt qui a statué dans ce sens), que, loin d'avoir voulu exprimer qu'il reconnaissait dans l'accusé une culpabilité légale, le jury n'a voulu déclarer autre chose sinon qu'il était matériellement établi que l'accusé était l'auteur de l'action qui avait donné lieu aux poursuites; mais qu'il n'y avait apporté que la volonté *d'un homme en démence*, volonté *quasi animale* qui, d'après le vœu de l'article 64, et d'après les plus

[1] Chap. 12, § 1 *in fine*.

simples lumières de la raison, est évidemment hors de toute culpabilité légale [1]. »

269. Lorsque la démence n'est survenue que depuis l'action, il faut distinguer si elle s'est manifestée avant l'instruction, dans le cours de cette instruction, ou après la condamnation.

On a vu que l'article 64 ne donne à la démence la puissance de justifier l'agent, qu'autant qu'elle est concomitante au fait, qu'elle a existé au temps même de l'action. Cependant on doit suspendre la poursuite, alors même qu'elle est postérieure au crime; car comment placer en face de la justice un homme atteint de folie? Comment une condamnation pourrait-elle atteindre cet homme qui n'aurait pu se défendre, et qui ne la comprendrait pas? Quel serait l'effet moral et le but d'un tel jugement? On doit supposer que l'aliénation, quoiqu'elle ne se soit révélée par des signes extérieurs que postérieurement au crime, existait déjà à l'époque de sa perpétration et a pu le déterminer; ainsi expliqué, le texte de l'article 64 peut se concilier avec l'humanité. Cette opinion ne fait, du reste, que reproduire celle des anciens criminalistes; ils professaient même que, dans ce cas, le prévenu ne pouvait être condamné à une peine pécuniaire, parce que nulle peine ne peut être infligée à un prévenu qui ne peut se défendre [2]. Les lois d'Angleterre et de la Louisiane ont positivement écrit la même restriction [3].

Mais, si la démence n'est que temporaire, les poursuites peuvent-elles être reprises? On sent que la solution repose tout entière dans le fait. Si la guérison est parfaite, nul doute que l'instruction ne doive être poursuivie; car l'impossibilité résultante de la maladie était son seul obstacle : mais s'il s'agit seulement d'un intervalle lucide, cette intermittence de l'aliénation ne justifierait pas la mise en jugement; car la justice serait exposée à ce qu'au milieu des débats

[1] Cass. 4 janvier 18 7, J. P. t. 14, p. 6; 29 août 1829, J. P. t. 22, p. 1433.

[2] Julius Clarus, quæst. 60, n° 7; Farinacius, quæst. 94, n° 22; Jousse, t. 2, p. 621; Muyart de Vouglans, p. 28.

[3] Stephen's Summary, p. 6. — Code of crimes and punishments, art. 34.

l'accusé fût saisi d'un accès de manie, et il serait d'ailleurs difficile de connaître jusqu'à quel point cet accusé aurait la plénitude de son esprit, et par conséquent la liberté de la défense [1].

Si la démence est postérieure à l'instruction écrite, et ne se manifeste qu'au moment de l'ouverture des débats, l'accusé ne doit pas néanmoins y être soumis ; quelle que soit l'époque de la démence, les motifs sont les mêmes pour le soustraire au jugement. Il nous paraît que dans ce cas on doit examiner si l'aliénation n'est qu'un accès momentané, ou semble de nature à persister. Dans la première hypothèse, le président des assises doit renvoyer l'affaire à la session suivante. Dans le cas contraire, il doit faire délibérer la cour d'assises sur la question de savoir s'il y a lieu de suspendre le jugement jusqu'à ce que la démence ait cessé.

Une question de compétence peut s'élever au sujet de l'appréciation de la démence au moment des débats La cour de cassation a jugé que si la démence de l'accusé au temps de l'action est de la compétence du jury, c'est qu'elle constitue alors une circonstance qui tient au fait de l'accusation ; mais qu'il en est autrement lorsqu'il s'agit de savoir si l'accusé se trouve en démence au temps du jugement ; que ce fait est étranger au crime, et que dès lors il n'appartient qu'à la cour d'assises de le juger [2]. Cette distinction nous paraît fondée. Mais il est évident que si l'exception posée *in limine litis* est rejetée par la cour, cette décision ne fait point obstacle à ce que le jury s'y arrête dans l examen de la culpabilité.

[[Si la démence ne se manifeste que pendant l'instance du pourvoi en cassation contre l'arrêt qui a condamné l'accusé, comment doit-il être statué ? Dans deux espèces où cet incident s'est produit, la cour de cassation a statué dans les termes suivants : « attendu qu'il résulte d'un rapport dressé en conformité de l'art. 8 de la loi du 30 juin 1838, que le demandeur est maintenant en état de démence ; que, tant que cet état subsiste, il y a pour lui impossibilité de produire

[1] Tiraqueau, causa 8, n° 1 ; Farinacius, quæst. 94, n° 16.

[2] Cass. 15 fév. 1816, cité par Bourguignon, t. 3, p. 74.

sa défense devant la cour avec toute la latitude que la loi lui accorde, notamment dans les art. 422, 423 et suivants du code d'instruction criminelle, et d'exercer la faculté soit de s'inscrire en faux contre les actes authentiques de la procédure, soit de se désister de son pourvoi; que, dans le silence de la loi sur les effets du recours en cassation formé par un aliéné dans un intervalle lucide, ou par un individu atteint, postérieurement à ce recours, d'aliénation mentale, il appartient à la cour de prendre les mesures nécessaires à la conservation des droits de la défense et à l'intérêt général de la justice; la cour surseoit à statuer sur le pourvoi jusqu'à ce qu'il soit fait apport à son greffe de nouveaux documents conformes aux dispositions de la loi du 30 juin 1838, et de nature à constater les changements qui pourront survenir dans l'état mental du demandeur [1].]]

Les anciens jurisconsultes enseignaient que si la folie n'éclatait qu'après l'établissement des preuves, *post completum processum*, les juges avaient la faculté de prononcer contre l'accusé les peines pécuniaires [2]; en effet, la culpabilité étant démontrée, la démence ne pouvait soustraire l'accusé qu'aux peines corporelles Cette décision, qui pouvait être utile à une époque où toute l'instruction était écrite, ne saurait avoir une application actuelle, puisque l'instruction orale, où se puisent tous les éléments du jugement, ne se termine qu'au moment même de ce jugement, et il paraît difficile de supposer que la folie se produise précisément dans l'intervalle étroit qui sépare les débats du jugement. Mais, même dans cette hypothèse, s'il s'agit de condamnations civiles, on sait que les tribunaux criminels ne peuvent les prononcer qu'accessoirement aux jugements d'acquittement ou de condamnation; et quant aux amendes, elles constituent de véritables peines. Or, si le but de la peine, qu'elle soit corporelle ou pécuniaire, est l'expiation du délit, ce but serait-il atteint vis-à-vis d'un homme en démence?

270. Enfin, l'aliénation mentale peut ne se manifester qu'après la

[1] Cass. 25 janv. 1839, J. P. à sa date; 23 déc. 1859, Bull. n° 287.

[2] Julius Clarus, quæst. 60; Farin., quæst. 94, n° 18.

condamnation. Quel doit être son effet sur l'exécution des peines? Ici l'on doit distinguer les peines corporelles et les peines pécuniaires. Il est évident que l'exécution des premières doit être suspendue; il serait inhumain, il serait absurde de faire monter un insensé sur l'échafaud, ou de lui faire porter des fers. *Differtur exsequutio*, disaient les jurisconsultes, *usque ad supervenientiam sanæ mentis* [1]. Toutefois Rousseaud de la Combe a contesté ce sursis; il veut que le condamné à mort tombé en démence soit exécuté, « l'exécution des peines, dit-il, ayant l'exemple pour principal objet [2]. » Mais l'exemple ou l'intimidation est l'un des effets légitimes de la peine, et non son objet principal; et puis, dans ce système même, la terreur de la peine serait-elle donc le seul effet moral d'une telle exécution? Ne s'y mêlerait-il pas quelque pitié pour la victime, quelque indignation d'un tel spectacle? La conscience publique ne se révolterait-elle pas de cette peine subie par un être qui n'a plus la conscience de l'avoir méritée? Muyart de Vouglans modifie cette opinion en limitant l'exécution des condamnés en démence à ceux seulement qui ont commis des crimes de lèse-majesté, *à cause de l'exemple* [3]. Ces opinions et ces distinctions respirent entièrement l'esprit de l'ancienne jurisprudence.

Suffirait-il que le condamné fût dans un intervalle lucide pour que l'exécution pût avoir lieu? Les criminalistes n'hésitent pas à prononcer affirmativement [4]. Cette opinion peut être rigoureusement soutenue. Toutefois la justice doit-elle courir l'horrible chance d'exécuter un maniaque? Est-il de sa dignité d'épier la lueur d'une raison vacillante pour préparer son glaive? Il semble qu'une guérison complète peut seule restituer le condamné à la peine qu'il doit subir.

A l'égard des peines pécuniaires, nul doute ne semble pouvoir

[1] Julius Clarus, quæst. 60, n° 8; Farinacius, quæst. 94, n° 13; Baldus, in l. human., § 46, C. de impub.; Tiraqueau, causa 3, n° 1.

[2] Traité des mat. crim., p. 39. M. Carnot a attribué par erreur cette opinion à Muyart de Vouglans.

[3] Lois crim., p. 28.

[4] Farinacius et Baldus, loc. cit.; Carnot, t. 1, p. 205.

s'élever : du moment où la condamnation à l'amende est devenue définitive, il y a droit acquis pour l'État ; c'est une dette qui frappe les biens du condamné ; sa démence postérieure ne peut pas mettre à l'exécution plus d'obstacle que si cette dette avait sa source dans toute obligation pécuniaire. Ce principe avait déjà été posé dans notre chapitre 8 [1]. »

271. On a demandé si la prescription doit courir pendant la suspension des poursuites occasionnées par la démence de l'accusé. En thèse générale, la prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir : *contrà non valentem agere non currit præscriptio*. Or nous avons vu que le ministère public ne peut pas agir contre un prévenu qui est en état de démence. Mais cette règle n'a jamais été appliquée en matière criminelle ; elle ne forme d'ailleurs qu'une exception à une règle plus générale encore : c'est que, comme le dit l'article 2251 du code civil, *la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi*. Or l'article 637 du code d'instruction criminelle n'est modifié par aucune exception, et l'on ne peut mettre à la généralité de sa disposition des limites que son texte repousse ; il faut donc admettre que la prescription court contre le ministère public pendant tout le temps qu'il est placé, par une cause extraordinaire qui lui est étrangère ainsi qu'à la loi, dans l'impuissance de poursuivre le coupable. On sent, au reste, combien cette solution se justifie aisément. Quel est le motif principal qui a dicté l'article 637 ? C'est que pendant les dix années qui s'écoulent après le dernier acte d'instruction, les preuves de l'innocence du prévenu peuvent dépérir, et qu'il serait injuste de le condamner sur les indices qui resteraient de sa culpabilité, tandis qu'il ne resterait rien pour sa justification. Ce motif est-il moins applicable au cas où le ministère public a été dans l'impuissance de poursuivre le prévenu, qu'à celui où ses poursuites ont toujours été libres, et où l'on ne peut en imputer la discontinuation qu'à sa négligence ou à un défaut de renseignements ? Évidem-

[1] *Voyez* n° 100.

ment non. Donc, dans le premier cas comme dans le deuxième, la prescription doit courir en faveur du prévenu, et l'interruption des poursuites pendant dix années consécutives doit éteindre l'action publique. C'est, au surplus, dans ce sens que la question a été jugée par un arrêt de la cour de cassation du 22 avril 1813 [1]. M. Legraverend, qui paraît avoir ignoré cet arrêt, avait également proposé la même décision [2].

[[Cependant un nouvel arrêt est intervenu qui a tranché la question dans un sens opposé. Il est vrai que, dans l'espèce de cet arrêt, la poursuite, suspendue par l'état de démence de l'accusé, n'avait jamais cessé, ce qui n'avait pas eu lieu dans l'espèce de l'arrêt du 22 avril 1813; l'accusé avait continué d'être détenu sous le coup de l'arrêt de renvoi et de l'ordonnance de prise de corps. Mais l'arrêt se fonde en outre sur ce motif : « que l'impossibilité où se trouve le ministère public d'agir dans de telles circonstances résulte du principe de droit consacré par la doctrine et par la jurisprudence : *contrà non valentem agere non currit præscriptio;* qu'on ne concevrait pas, en effet, que le ministère public se trouvant, par un fait indépendant de sa volonté, dans l'impossibilité d'agir, on pût se prévaloir de son inaction pour faire prononcer la déchéance de l'action publique dont l'exercice lui est confié [3]. » Nous persistons à croire que cette doctrine n'est pas fondée.

En thèse générale, ainsi qu'on vient de le dire, la prescription court contre toutes les personnes, aux termes de l'art. 2251 C. civ., à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la loi. Cette exception est établie, en matière civile, en faveur des mineurs, des interdits et, dans les cas définis par la loi, des femmes mariées : c'est l'application de la maxime *contrà non valentem agere non currit præscriptio*. La loi criminelle a pris la règle et n'a point

[1] Rapp. par M. Merlin, Rép., vº prescription, sect. 3, § 7, nº 5 *bis*. *Voy.* le réquisitoire de ce magistrat, eod. loc.

[2] Législ. crim., ch. 13, § 2.

[3] Cass. 8 juillet 1858, Bull. nº 192.

admis l'exception. Les art. 637 et 638 du C. d'inst. cr déclarent que « l'action publique et l'action civile résultant (d'un délit ou) d'un crime se prescrivent après (trois ou) dix années révolues, à compter du jour où (le délit ou) le crime aura été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite. » Telle est la règle générale : la loi l'a-t-elle fait suivre, comme en matière civile, de quelques restrictions relatives aux personnes qui ne peuvent agir ? Nullement. A-t-elle du moins exprimé à côté du principe, comme l'a fait l'art. 2251, la réserve de « quelque exception établie par la loi ? » Elle n'en a fait aucune, et par conséquent, comme l'a dit M. Merlin, « dès que l'art 637 n'est modifié par aucune exception, nous sommes forcés de le prendre dans sa plus grande généralité ; il ne nous appartient pas de mettre à la généralité de sa disposition des limites qu'il n'a pas jugé à propos d'y mettre lui-même [1]. »

Cette différence entre la loi civile et la loi criminelle s'explique facilement. La prescription en matière civile est fondée à la fois sur un fait de possession et sur une présomption de renonciation ; elle suppose le défaut ou l'abandon d'un droit. « Elle n'est pas, dit M. Troplong, l'ouvrage de la seule puissance du temps ; elle prend sa base dans le fait de l'homme, dans la possession de celui qui acquiert et dans une présomption de renonciation chez celui qui néglige sa propriété [2]. » De là les exceptions admises en faveur de ceux qui n'ont pas l'exercice de leur droit. En matière criminelle, la prescription est fondée sur d'autres motifs ; elle ne prend point sa base dans le fait de l'homme, elle est l'œuvre du temps. Il importe peu que la personne qui peut exercer l'action y renonce ou soit présumée y renoncer ; c'est parce qu'un long temps s'est écoulé depuis la perpétration des faits incriminés que la société qui inflige les peines, comme on l'a vu, non à titre d'expiation, mais pour conserver l'ordre nécessaire à la vie sociale et pour prévenir le retour des mêmes actes, n'a

[1] Rép., v° prescription, sect. 3, § 7, art. 4, n° 5 *bis*.

[2] De la prescription, t. 1er, p. 4.

aucun intérêt à punir les désordres dont les années ont effacé le souvenir et les traces ; c'est surtout parce que les preuves se sont affaiblies ou ont été détruites, et que la justice n'a plus les mêmes moyens de reconnaître la vérité [1]. Donc, c'est le temps, le temps seul qui est le fondement de cette prescription ; c'est le temps qui ôte à la poursuite son utilité, qui atténue la culpabilité de l'agent, qui détruit les justifications de la défense et les charges de l'instruction. Comment supposer ici, en effet, que celui qui exerce l'action y a renoncé? Est-ce que le ministère public peut disposer d'une action qui appartient à la société? Est-ce que la partie civile, lorsque le silence de l'action publique enchaîne son action, peut être présumée y avoir volontairement renoncé?

Or ce motif unique d'un certain laps de temps écoulé sans poursuites ne s'applique-t-il pas avec la même force à tous les cas, quels qu'ils soient, où l'action publique est demeurée inactive? Qu'importe que cette inaction ait pour cause la négligence ou le manque de renseignements du ministère public, ou qu'elle ait pour cause un fait quelconque qui le mette dans l'impossibilité d'agir. Est-ce que, dans l'un et l'autre cas, le même laps de temps ne produit pas les mêmes effets? Est-ce que la reprise des poursuites n'est pas également inutile au point de vue de l'intérêt social? Est-ce qu'il n'emporte pas le même dépérissement des preuves?

La jurisprudence a admis quelques restrictions au point de départ de la prescription, en matière de désertion, de poursuites contre les agents du gouvernement, de double poursuite contre le même prévenu et de poursuite pour dénonciation calomnieuse; ce point de départ a été également modifié lorsqu'une question préjudicielle qui s'élève dans le cours d'une instruction est renvoyée à l examen et au jugement de la juridiction civile. Mais, en dehors de ces hypothèses où la suspension de la prescription tient à des causes spéciales que nous avons expliquées dans un autre lieu [2], la maxime *contrà non*

[1] Traité de l'inst. crim , t. 3, p. 675.

[2] Revue de législation 1858, p. 505.

valentem n'a pas d'application nécessaire ; elle est contraire au principe de la prescription criminelle, elle est contraire aux termes précis de la loi.]]

272. Il nous reste à examiner un point important de la législation. La loi a une double mission à remplir à l'égard des aliénés : si elle doit les dispenser d'un châtiment qu'il serait barbare de leur appliquer, puisqu'ils n'en comprendraient ni la raison ni les effets, elle doit, d'un autre côté, protéger la société contre leurs atteintes, et ce pouvoir de protection doit se manifester au moment même où la justice pénale proclame son incompétence ; car il est à craindre que les juges, mus par l'idée des excès auxquels l'accusé rendu à la liberté pourrait se porter, ne lui appliquent comme mesure de sûreté une peine évidemment injuste, s'ils reconnaissent son état de maladie et son innocence. L'intérêt même de l'accusé appelle donc ces précautions.

La loi romaine, après avoir posé le principe : *Furiosus furore ipso punitur*, ajoutait : *diligentius qui custodiendum esse aut etiam vinculis coercendum*[1] ; et le principe est expliqué dans une autre loi : *Furiosis, si non possunt per necessarios contineri, eo remedio per præsidem obviam eundum est, scilicet ut carcere contineantur*[2]. L'ancienne jurisprudence se conformait à cette règle : « Quoique l'accusé qui est furieux, dit Jousse, ne doive point être puni, il ne doit pas pour cela être relâché ; il faut le garder avec soin, et à cet effet le donner en garde à ses parents pour le tenir enfermé, afin qu'il ne soit plus dans le cas de faire du mal à l'avenir ; et si les parents ne sont pas en état de le garder, il doit être renfermé dans une prison[3]. » En Russie et en Autriche, le sort de l'aliéné est à la discrétion de la police ; en Angleterre, la cour peut ordonner qu'il restera en prison jusqu'à ce que le bon plaisir du roi soit connu[4].

[1] L. 9, § ult., Dig. ad leg. Pomp. de pœnis.

[2] L. 13, Dig. de off. præs.

[3] Traité de la just. crim., t. 2, p. 622 ; Rousseaud de la Combe, p. 89 ; Farinacius, loc. cit., n° 25.

[4] « The court may ordem in to be kept in custody till his majesty's pleasure be known. » Stephen's Summary, p. 4.

Ces diverses législations attestent un fait incontestable, la nécessité d'une mesure de précaution vis-à-vis d'un furieux acquitté pour démence; mais si elles fournissent les moyens de protéger la société contre les écarts des maniaques, ces moyens, livrés au caprice de l'administration, sont dénués des garanties que réclame la liberté individuelle. La société doit être préservée des frénétiques accès de la folie, mais les mesures de précaution doivent être proportionnées au péril, c'est-à-dire à l'intensité et à la durée de la maladie. Ce n'est pas une peine sous une autre dénomination qu'il s'agit d'infliger aux acquittés accusés pour démence; c'est une sorte de détention préventive qui les mette hors d'état de nuire; c'est surtout un traitement qui les ramène à la jouissance de toute leur raison.

273. Interrogeons maintenant la législation; elle est fort brève, et se compose uniquement de deux dispositions. La loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, confie à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux « le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés ou les furieux laissés en liberté (tit. 11, art. 3, § 6). » Ensuite l'article 475, n° 7, du code pénal punit d'une amende de 6 à 10 fr. « ceux qui auraient laissé divaguer des fous ou des furieux étant sous leur garde [1]. » Ces dispositions sont évidemment insuffisantes. D'une part, l'article 475 du code, qui semble n'avoir eu pour but que d'assurer l'ancien usage qui laissait les fous à la garde de leurs parents, ne s'applique qu'à la divagation des individus laissés *en garde*. La loi des 16-24 août 1790, d'un autre côté, n'accorde que dans les termes les plus vagues aux corps municipaux le pouvoir de *remédier aux événements fâcheux occasionnés par les insensés ou les furieux*. Cette insuffisance de la législation a eu un triste effet : la nécessité en a élargi les termes. On a vu dans la loi des 16-24 août 1790 un droit de détention général, illimité, à l'égard des in-

[1] Un décret de la Convention du 23 nov. 1792 charge le ministre de la justice de faire dresser des états de toutes les personnes détenues pour démence. Il ne paraît pas que ce décret ait eu de suite.

dividus atteints de démence. Ce droit que la loi n'accordait du moins qu'aux corps municipaux, l'usage l'a transporté d'abord aux maires, ensuite aux préfets. C'est par un ordre administratif, où la folie était alléguée, sans qu'il fût même besoin de la prouver, qu'un homme, avant la loi du 30 juin 1838, pouvait être détenu, sans qu'il pût apercevoir le terme de sa détention.

Il serait inutile de nous arrêter à prouver l'illégalité de ces mesures. Comment supposer que les vagues expressions que nous avons citées aient pu attribuer à l'administration le pouvoir énorme de prolonger indéfiniment, sur de simples renseignements, sans débats ni contradiction, l'emprisonnement d'un homme dont la démence est peut-être même problématique? Un tel pouvoir serait repoussé par toute la législation; la nécessité seule de pourvoir au besoin social peut excuser un tel empiétement. Mais, du reste, cette voie illégale trouve elle-même des obstacles; car rien ne s'oppose à ce que, suivant les cas, la famille ou le procureur impérial formalise une demande en interdiction; et si cette demande est rejetée, force est de remettre le détenu en liberté. C'est ainsi qu'on a vu un individu acquitté parce qu'il était en démence, et détenu ensuite par un ordre administratif, être rendu à la liberté sur le jugement civil qui déclarait n'y avoir lieu de prononcer l'interdiction.

Nous ne nous occupons ici que des accusés dont la folie a motivé l'acquittement. Il nous semble que, dans ce cas, il appartiendrait naturellement aux juges, qui ont pu apprécier dans les débats l'état moral de l'accusé, de le soumettre, tout en l'acquittant, à une détention plus ou moins sévère. L'article 66 permet la même mesure de précaution à l'égard des mineurs de 16 ans, et il faut reconnaître qu'il existe entre les mineurs et les insensés une grande analogie. Par ce moyen, la justice craindrait moins de proclamer la démence; les questions de folie seraient plus impartialement jugées, et la conscience publique serait rassurée en voyant que l'auteur de l'attentat, qu'il soit coupable ou malade, ne menacera plus sa sûreté.

Mais cette détention devrait trouver des limites naturelles dans le terme de la maladie; c'est le dérangement intellectuel de l'accusé

qui la motiverait, elle devrait cesser avec sa cause. La plus grande difficulté serait, à la vérité, de constater ce terme de la maladie. Il faut concilier ici l'intérêt social et celui de la liberté individuelle. Mais il nous semble que la question devrait être portée, à la requête de l'accusé, devant les mêmes juges qui ont prononcé sa détention. Ce serait à lui de justifier, par les témoignages des médecins, par toutes les preuves possibles, qu'il a recouvré l'exercice de son intelligence ; et la cour, éclairée par un débat contradictoire avec le ministère public, statuerait. Telles sont les mesures que l'intérêt de la société, aussi bien que celui de l'humanité, paraît réclamer.

Nous ne terminerons pas ce chapitre sans émettre un autre vœu d'humanité et de justice, c'est que les accusés atteints de démence cessent d'être entassés dans les prisons avec les autres accusés dont ils deviennent le jouet. Ce sont des malades qu'il faut soigner, ce sont des maisons de santé spéciales qu'il faut instituer. Il existe là une plaie sociale, plaie mal connue et trop négligée. La réforme des prisons ne serait pas complète, si un hospice pour les prisonniers malades ou en démence ne s'élevait à côté de chaque prison. Si la maladie est la seule cause du crime, la société serait coupable si elle n'en hâtait pas de tous ses moyens la guérison.

274. [[Les idées qui viennent d'être exprimées ont été formulées par la loi du 30 juin 1838 : cette loi, que M. Vivien appelait une loi de bienfaisance et de charité publique, est venue remplir une regrettable lacune de notre législation. Jusque-là on n'avait songé qu'aux dangers dont l'insensé furieux pouvait menacer la sûreté publique, on ne s'était point occupé de la protection qui est due au malheur dans la personne de l'aliéné et des conditions nécessaires à son traitement. C'est là ce qu'a fait la loi du 30 juin 1838 : chaque département est tenu d'avoir un établissement public destiné à recevoir et soigner les aliénés ; les établissements privés institués dans le même but sont soumis à une surveillance active de l'autorité publique ; c'est dans les hospices que sont provisoirement placés les personnes atteintes d'aliénation : dans aucun cas, elles ne peuvent être déposées dans une prison. Des mesures de précaution, des visites et des moyens de récla-

mations sont organisés, dans l'intérêt de la liberté individuelle, pour venir en aide aux personnes qui sont détenues, sans une cause légitime et suffisante, dans un établissement d'aliénés; des dispositions sont prises pour protéger dans tous les cas les intérêts des malades. Cette loi, l'une des plus humaines de la législation, est confiée à la sollicitude des magistrats, à la surveillance spéciale du ministère public; nous ne doutons pas qu'elle ne soit strictement et ponctuellement exécutée, surtout dans les garanties et les mesures de précaution qu'elle a multipliées pour sauvegarder la liberté des personnes.]]

CHAPITRE XV.

DE LA CONTRAINTE.

(*Suite du commentaire de l'art. 64 du C. pén.*)

275. Deuxième cause de justification : contrainte exercée sur l'agent.
276. La contrainte morale est une cause de justification aussi bien que la contrainte physique.
277. Quels doivent être les caractères de cette contrainte?
278. Nécessité d'apprécier la contrainte d'après les individus sur lesquels elle est exercée.
279. Il faut, dans tous les cas, qu'elle soit le résultat d'une cause extérieure.
280. L'ordre donné par un supérieur constitue-t-il un cas de contrainte pour l'agent?
281. Examen de la doctrine de l'obéissance passive dans les rangs de l'armée.
282. Examen de la même doctrine dans l'ordre civil.
283. Quels doivent être les effets de la crainte révérentielle des enfans envers leurs pères, ou de la femme envers son mari?
284. Quels doivent être les effets de l'autorité du maître sur ses domestiques?
285. Est-il nécessaire de poser une question sur le fait de la contrainte?

---

275. La contrainte est une cause de justification, lorsque, suivant les termes de l'article 64, le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

La loi n'a fait aucune distinction entre la contrainte *physique* et la contrainte *morale;* on doit en conclure que l'une et l'autre se trouvent comprises dans sa disposition.

La contrainte physique ne peut soulever des difficultés bien sérieuses. Elle consiste, suivant la définition de Puffendorf, en ce que, « malgré la résistance d'une personne, ses membres sont employés à faire ou à souffrir quelque chose [1]. » Il est évident que l'acte commis dans cette situation passive n'est point un acte imputable, puisqu'il

[1] Droit de la nature et des gens, t. 1, p. 83.

est involontaire. L'auteur immédiat n'est qu'un instrument matériel; le seul coupable est l'auteur de la violence.

Cette contrainte matérielle ne s'est produite qu'accidentellement. Les auteurs d'un crime consentent rarement à se créer un témoin qui, affranchi de la crainte d'une peine, peut devenir un accusateur. Rarement aussi ils ont besoin d'un complice, qui ne leur prête qu'une assistance focée, et n'est entre leurs mains qu'un instrument inerte. La contrainte *morale* se rencontre plus souvent, et les modifications qu'elle introduit dans la criminalité, plus variées dans leurs effets, sont aussi plus difficiles à apprécier.

276. La contrainte morale est celle qui résulte soit de la menace d'un mal plus ou moins grave, en cas de refus d'exécuter le crime, soit du commandement d'une personne qui a autorité sur l'agent.

Quelques publicistes avaient nié que cette sorte de contrainte pût être invoquée comme fait justificatif. « Une personne, a dit Barbeyrac, forcée par les menaces de quelque grand mal, sans aucune violence physique et irrésistible, agit avec une espèce de volonté, et concourt en quelque manière à l'action qu'elle exécute. Il n'est pas absolument au dessus de la fermeté de l'esprit humain de se résoudre à mourir plutôt que de manquer à son devoir. La crainte d'un grand mal, et même de la mort, peut bien diminuer le crime de celui qui commet, quoique malgré soi, une action mauvaise contre les lumières de la conscience; mais l'action demeure toujours vicieuse en elle-même et digne qu'on se la reproche[1]. »

Cette doctrine, partagée par plusieurs écrivains[2], est rigoureusement exacte. Il est certain que les menaces ne doivent pas suffire

[1] Notes sur Puffendorf, t. 1, p. 83.

[2] Covarruvias, t. 1, p. 2, c. 3, § 4; et Burlamaqui, Principes du droit de la nature et des gens, t. 1, p. 243. Jousse, t. 1, p. 626, cite un arrêt du parlement de Paris, qui condamne Jean Roseau, exécuteur de haute justice, à être pendu *pour homicide*, parce qu'il avait prêté son assistance à l'exécution du président Brisson, par le commandement de Bussile-Clerc, chef des ligueurs.

pour déterminer celui auquel elles s'adressent à commettre un crime. Il est certain que nul n'a le droit de nuire à autrui, même dans le but d'éviter un mal quelconque pour soi-même. Mais la loi peut-elle exiger de chaque individu la fermeté de caractère nécessaire pour surmonter la terreur des menaces? Elle se borne à demander les formes, et, pour ainsi dire, l'ombre de la vertu, plutôt que la vertu elle-même : *conatum magis et quasi adumbrationem virtutis quàm virtutem ipsam* [1]. L'homme qui agit, ployé sous la crainte d'une menace, n'est qu'un instrument entre les mains qui le poussent. Vainement voudrait-on discerner dans son action une espèce de volonté. Sa volonté est enchaînée par la terreur ; il n'est mû que par l'instinct naturel d'éviter le mal dont il est menacé. Qu'il soit libre de cette pensée, et ses pas qu'il précipite vers le crime s'arrêteront aussitôt. Ce n'est donc pas sa volonté que l'on punirait, c'est sa faiblesse et sa pusillanimité; ce n'est pas le crime, c'est l'instrument qui a servi à le commettre.

C'est donc avec raison que notre code, suivant l'opinion la plus générale, a placé la contrainte morale au nombre des faits justificatifs [2]. Le même principe se retrouve dans la plupart des législations étrangères. La loi anglaise et les codes des États-Unis déchargent de toute pénalité l'individu qui n'a agi que sous l'empire des menaces [3]. La loi prussienne pose en règle que « quiconque est privé de la faculté d'agir librement n'est susceptible ni de commettre un délit ni d'encourir une peine. » Le code pénal d'Autriche ne place de justification que dans une force insurmontable; la crainte ne constitue qu'une circonstance atténuante.

277. Mais toute contrainte morale ne saurait avoir l'effet de justifier le prévenu. Il ne suffit pas, suivant les termes de l'article 1112 du code civil, qu'elle soit de nature à faire impression sur une per-

[1] Cremani, de jur. crim., lib. 1, p. 1, cap. 4, § 4.

[2] Puffendorf, loc. cit., t. 1, p. 82; Farinacius, quæst. 97, n° 11; Julius Clarus, quæst. 60, n° 17; Muyart de Vouglans, p. 31.

[3] Stephen's Summary, p. 6; Penal Code of Georgia, first div., sect. 12, Code of crimes and punishments, art. 40.

sonne raisonnable, et qu'elle puisse lui inspirer seulement la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. Il faut, aux termes de la loi pénale, que cette contrainte soit telle qu'il n'ait pas été possible d'y résister. Ces expressions ne sont que la confirmation d'une ancienne règle : « Toutes sortes de craintes et de violences, dit Muyart de Vouglans, ne sont pas capables d'exempter de crimes et de peines ; il faut qu'elles soient justes et fondées sur des causes graves et capables de faire des impressions assez fortes pour que l'homme le plus ferme en fût ébranlé [1]. » C'était aussi là la définition des jurisconsultes romains : *Vani timoris excusatio non est* [2]; *metum autem non vani hominis, sed qui meritò et in hominem constantissimum cadat* [3].

A cet égard, on distingue diverses sortes de menaces. Celles qui s'attaquent à la vie même de l'agent, à ses membres, à sa personne, sont les plus puissantes, les plus capables de faire impression sur son esprit, de contraindre sa volonté. Celles qui, au contraire, ne concernent que ses biens et sa fortune, doivent moins solliciter le sacrifice de ses devoirs et de sa conscience. En général, et à la différence du droit civil, les premières seules sont considérées comme propres à le justifier. *Talem metum probari oportet qui salutis periculum vel cruciatum corporis contineat* [4].

La même restriction s'est reproduite dans la loi anglaise [5] et dans les lois américaines [6]. Le code prussien ajoute également : « La crainte

[1] Lois crim., p. 31.

[2] L. 184. Dig. de reg. juris.

[3] L. 6, Dig. quod met. causâ. *Voyez* aussi l. 9, C. de his qui vi, metu ; l. 13, C. de transact. Carmignani, Teoria, p. 237, t. 2, définit également la contrainte : « Una forza capace di spingere pripotentemente et irresistiblemente la volontà in una direzione sola. »

[4] L. 13, C. de transact. Toutefois la loi 49, Dig. ad leg. Aquil., dérogeait à cette règle au cas d'incendie : « Justo metu ductus, ne ad se ignis perveniat, vicinas ædes intercedit, existimat legis Aquiliæ cessare actionem. »

[5] Threats inducing fear or death or other bodily harm. (Stephen's Summary, p. 5.)

[6] Threats or menaces which show that his life or member was in danger

d'un simple préjudice dans ses biens, ou de malheurs réparables, n'autorise point à porter sciemment à autrui un dommage irréparable. »

Cette distinction est évidemment dans l'esprit de notre code; car la crainte d'une perte purement pécuniaire ne peut être considérée comme une force à laquelle l'agent n'a pu résister. Il n'y a que la crainte de la mort ou d'un mal physique très-grave qui puisse subjuguer la volonté et faire violence à la conscience. Si la loi ne doit pas supposer dans le prévenu une héroïque fermeté, elle ne doit pas non plus condescendre à de coupables faiblesses. L'homme qui a consenti à commettre un homicide pour sauver sa fortune, doit rester responsable aux yeux de la loi. Sa faute peut être excusée, sa peine atténuée, mais il n'est pas justifié. Il est également nécessaire, pour cette justification, que le péril soit imminent, que le glaive ait plané sur la tête du prévenu. De simples menaces ne seraient pas une excuse suffisante. *Metum non jactationibus tantùm, vel contestationibus, atrocitate facti probari convenit* [1]. Il faut, en effet, que le prévenu, qui prétend avoir succombé à des menaces, prouve que ces menaces étaient de nature à intimider par la possibilité d'une immédiate exécution. Il faut que des circonstances ressortent sa lutte, sa résistance, et la contrainte qui a compromis sa volonté. Les violences qu'il a subies peuvent seules le justifier. « Pour connaître si l'action peut être imputée, dit Burlamaqui, il faut voir si celui envers qui on use de contrainte est dans l'obligation rigoureuse de faire une chose, au hasard de souffrir le mal dont il est menacé [2]. » La plus légère incertitude sur l'effet des menaces pourrait faire peser sur l agent toute la responsabilité du crime; la cause de la justification cesserait d'exister. C'est d'après cette pensée que M. Livingston exige, pour qu'il y ait exemption de peine, que le crime ait été commis en présence de la

(Penal Code of Georgia). — That he was threatened with the loss of life or limb (Code of crimes and punishments, art. 40).

[1] L. 9, C. de his qui vi aut metu.

[2] Principes du droit de la nature et des gens, t. 1, p. 243.

personne qui a employé les violences, et pendant la durée de ces violences [1].

Le code du Brésil exige également « qu'il y ait une certitude du mal que le prévenu se proposait d'éviter. » Enfin, l'article 19 du code prussien est ainsi conçu : « La crainte des menaces dont l'effet pouvait être détourné par l'autorité publique ou autrement, ne légitime pas un délit. »

278. Le même code ajoute cette disposition : « Pour décider à quel point la personne menacée a pu surmonter la crainte et détourner le péril même, il faut avoir égard aux circonstances, et surtout à ses dispositions intellectuelles et physiques. » Cette règle sage a été reproduite dans l'article 1112 du code civil, portant qu'on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes; et cette règle est applicable à toutes les juridictions. Tous les hommes ne sont pas doués de la même fermeté; tous ne savent pas résister avec la même énergie aux menaces et aux violences. Il existe des êtres si timides et si faibles, qu'ils se troublent et succombent aux moindres impressions. Une violence légère produit sur eux le même effet que les violences les plus graves sur les âmes courageuses et fortes. C'est aux juges à apprécier ces circonstances, à discerner l'effet probable des mauvais traitements sur le prévenu, à s'assurer s'il a pu résister à l'impulsion étrangère qui l'entraînait, si sa volonté a été contrainte. Les règles morales ne sont point absolues; les mêmes actions ne peuvent se mesurer au même niveau. La loi pose un principe général; mais son application, dans l'intérêt d'une stricte justice, doit être soumise à des considérations diverses. Le législateur ne peut prévoir à l'avance les différents caractères de l'excuse; il suffit qu'il laisse aux juges la faculté de les reconnaître.

S'il résulte des faits que les menaces ou les violences n'étaient pas suffisantes pour ébranler le prévenu; s'il a cédé à de simples menaces, à la crainte d'un mal léger ou éloigné; en un mot, si la force à laquelle il a obéi n'était pas irrésistible, la cause de justification

[1] Code of. crimes and punishments, art. 40.

disparaît : il a agi avec une sorte de volonté; son concours n'a pas été entièrement indépendant de lui-même, il en est responsable : « *Qui delinquit non coactus absolutè*, dit Farinacius, *sed conditionaliter punitur aliquâ pœnâ extraordinariâ, quia vult delinquere, et sic aliquo modo concurrit voluntas licèt coacta* [1]. » Mais il est juste cependant de lui tenir compte de la contrainte partielle qu'il a éprouvée; il a cédé trop facilement à une impulsion extérieure, il n'a pas su repousser les suggestions du crime; mais sa volonté n'était pas entièrement libre; son assistance n'a été prêtée qu'après une certaine résistance. Il a suivi la pensée du crime, et ne l'a pas imposée. Les circonstances sont atténuantes, la peine doit être diminuée.

279. Il est inutile d'ajouter que la contrainte ne pourrait produire d'excuse légale qu'autant qu'elle résulterait d'une impulsion étrangère, d'une cause extérieure. C'est évidemment dans ce sens que l'article 64 doit être entendu, et telle est aussi la définition que tous les criminalistes ont attachée à l'expression de contrainte. Ainsi le prévenu qui aurait agi sous l'impulsion de la passion ou de la colère ne pourrait prétendre avoir commis l'action sous l'impulsion d'une force irrésistible. C'est à la contrainte physique ou morale exercée par un tiers que se rapporte l'exception légale; la loi n'aurait pu proclamer irrésistible l'emportement d'une passion.

Cependant quelques criminalistes ont prétendu qu'un individu qui, poussé par la faim, dérobait des aliments, pouvait invoquer l'article 64 [2]. D'anciens auteurs avaient étendu la même excuse au vol de vêtements effectué pour voiler la nudité du coupable. On allègue à l'appui de ces décisions la maxime : *Necessitas non habet legem ; quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*. Cette doctrine

[1] Quæst. 97, nº 24.

[2] M. Bourgnon de Layre, dans son Essai sur le Code pénal, p. 79, paraît aussi penser qu'un homme qui vole du pain, quand il est poussé par la faim et qu'il ne possède aucune ressource, est contraint par une force majeure, quoiqu'il reconnaisse qu'en général on entend par force majeure une impulsion étrangère.

nous semblerait périlleuse à suivre. La faim et la misère sont assurément des circonstances atténuantes des délits. On doit présumer que le prévenu ne se serait pas livré au crime, s'il n'avait été aiguillonné par la nécessité. L'atténuation devient plus légitime encore, si le délit avait précisément pour objet de satisfaire le besoin éprouvé. Mais il serait aussi immoral que dangereux de proclamer dans ce cas la justification complète de l'agent, car ce serait reconnaître que les règles de la justice morale ont leur limite et leurs exceptions; ce serait avouer une excuse que tous les coupables invoqueraient, sans qu'il fût le plus souvent possible de la contester. Au fond la question a peu d'intérêt, car il est improbable que, dans l'état de nos mœurs et de notre civilisation, un homme soit placé dans l'alternative absolue de commettre un crime ou de mourir de faim; et, si cette triste hypothèse se réalisait, sans doute les jurés ne porteraient pas contre cet homme un verdict de culpabilité. Mais cette circonstance rentre dans l'appréciation du fait, et ne doit pas former à l'avance l'objet d'une excuse légale; telle était aussi l'opinion de Tiraqueau : « *Si quis necessitate compulsus, eà tamen non extremà, quisquam furatus fuerit, non omninò excusatur, mitiùs puniendus sit* [1]. » Il est certain, au surplus, que l'article 64 ne reconnaît ni dans la misère ni dans la faim la force irrésistible qui peut justifier un crime. Ainsi que nous l'avons établi, cette force majeure doit provenir d'un fait extérieur, d'une impulsion étrangère à l'agent. Ce principe doit servir à repousser toutes les excuses de ce genre; elles retombent dans la classe des circonstances atténuantes [2].

280. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la contrainte morale exercée par des menaces ou des violences. Nous devons maintenant examiner les effets de celle qui agit sur un inférieur, par suite de

[1] De pœn. temp., caus. 33.

[2] La loi anglaise n'admet pas que la faim puisse excuser même le vol : « Are not excused for larcenies committed from want. » La loi autrichienne considère comme une circonstance atténuante le fait d'avoir été poussé au délit par une misère accablante.

l'ordre ou du commandement du supérieur. Toute la théorie de l'obéissance passive est là.

L'ordre de commettre un crime peut être donné par un commandant aux militaires qui sont sous ses ordres, par un fonctionnaire à ses subordonnés, par un père à ses enfants, par un mari à sa femme, enfin par un maître à ses domestiques. Parcourons ces diverses hypothèses, en cherchant dans chacune d'elles l'effet moral du commandement, le degré de la contrainte, et enfin la limite de l'excuse.

281. C'est surtout en ce qui concerne les militaires que quelques écrivains ont soutenu la doctrine de l'obéissance passive dans les termes les plus absolus; c'est que cette question peut avoir des conséquences graves et terribles. Les soldats ont été considérés comme des instruments matériels que la voix du commandement, quel qu'il soit, doit trouver toujours dociles; abdiquant leur conscience et leurs lumières, ils ne doivent, dit-on, juger et voir que par les paroles et les yeux de leurs chefs; l'ordre qu'ils reçoivent fait leur opinion, leur morale, leur religion. Ce sont des machines humaines que la voix d'un seul homme anime; leur mission est l'abnégation et l'obéissance.

Enchaînés dans ces liens étroits, il est évident que les militaires sous les armes ne peuvent prendre nulle responsabilité de leurs actions; aussi les mêmes écrivains les déclarent-ils tout à fait à l'abri de l'imputabilité. Le chef qui a donné l'ordre criminel est seul responsable; les soldats qui auraient refusé d'y obéir seraient coupables de rébellion [1].

Cette doctrine est trop absolue pour être vraie. L'homme ne peut jamais être réduit à un rôle purement matériel; sa responsabilité morale est essentielle à son être; nul ne peut lui imposer le sacrifice de sa conscience. Comment comprendre un devoir qui prescrirait l'exé-

[1] « Nam et miles, quùm obediens potestati sub quâ legitimè constitutus est, hominem occidit, nullâ civitatis suæ lege reus est homicidii; immò, nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contempti. » St August. de Civ. Dei, lib. 50, cap. 26.

cution d'un crime? une loi qui commanderait de fouler aux pieds les lois? L'obéissance hiérarchique est l'un des principes fondamentaux de l'ordre social; mais cette obéissance ne doit être ni aveugle ni passive, elle suppose la légitimité de l'ordre et du commandement, et cette présomption couvre, en général, les actes des agents qui l'ont exécuté. Mais la présomption ne doit-elle pas cesser quand l'ordre est ouvertement criminel? L'officier qui commanderait de faire feu sur une population paisible, d'incendier la maison d'un citoyen inoffensif, devrait-il être obéi? Et le soldat qui aurait prêté son bras à ces crimes ne serait-il pas coupable de l'incendie et du meurtre [1]? Dégager l'inférieur de la responsabilité, quand la criminalité de l'action est flagrante, ce serait assurer l'impunité à l'un des coupables, ce serait favoriser la perpétration des crimes en leur fournissant des agents irresponsables.

Ensuite, il n'est pas vrai que les militaires ne soient, même sous les armes, que d'aveugles instruments. Ne sont-ils pas appelés sans cesse à vérifier la légitimité des commandements qu'ils reçoivent? C'est ainsi qu'ils ne doivent obéir qu'aux chefs sous les ordres desquels ils sont placés; c'est ainsi qu'ils ne doivent leur obéissance qu'autant que les ordres de ces chefs sont pris dans les limites de leur autorité. Pourquoi seraient-ils tout à coup privés de discernement, quand ces ordres leur prescriraient un acte immoral, une entreprise criminelle? Et puis l'obéissance passive, telle qu'on l'exige, a-t-elle jamais existé, si ce n'est aux époques de fanatisme? Est-elle réellement indispensable, si ce n'est au despotisme? La discipline militaire est fondée sur des devoirs austères, mais sacrés; ces devoirs, pour être observés, n'ont pas besoin d'être formulés en règles d'esclavage; le soldat comprend leur importance pour l'intérêt de la patrie, et les respecte; son obéissance intelligente est la garantie la plus sûre de la société.

Que conclure de ces observations? Que l'obéissance hiérarchique est un devoir; que la présomption de légitimité accompagne l'ordre du supérieur; que les agents qui l'ont exécuté sont, en général, jus-

[1] M. Rossi, t. 2, p. 130.

tifiés par cet ordre ; mais que cette cause de justification n'est point absolue, qu'elle cesse lorsque la criminalité de l'ordre est évidente, et que l'agent n'a pu le croire légitime. La responsabilité de l'action pèse alors sur sa tête. Il ne peut invoquer l'impulsion d'une force irrésistible, puisque l'ordre ne peut avoir cet effet à son égard qu'autant que l'exécution rentre dans les devoirs ordinaires de l'agent. La contrainte morale n'existe plus à son égard, quand il s'agit d'accomplir un acte ouvertement criminel ; car son devoir ne lui fait plus une loi d'obéir.

Les anciens jurisconsultes faisaient, d'après la loi romaine, une distinction entre les crimes atroces et les crimes légers. L'ordre du prince ne justifiait pas l'agent qui avait commis les premiers ; mais, à l'égard des autres, cet ordre le protégeait contre toute espèce de châtiment [1]. M. Livingston a reproduit la même distinction dans le code de la Louisiane : les simples soldats qui, d'après l'ordre d'un officier, ont commis un délit, n'encourent aucune peine ; s'ils ont commis un crime, l'ordre cesse d'être pour eux une cause de justification [2]. Cette distinction paraît se fonder sur ce que les agents inférieurs sont moins à même d'apprécier la criminalité de l'ordre, lorsqu'il n'a pour objet qu'un simple délit, dont l'immoralité frappe moins les yeux. Mais le plus ou moins de gravité du fait ne change rien à la question intentionnelle. L'agent a-t-il cru ou non l'ordre légitime? a-t-il aperçu ou même soupçonné la criminalité de cet ordre? Toute la question est là : s'il a commis sciemment un délit, il en est responsable ; la minimité du fait ne saurait le décharger de la culpabilité relative qui pèse sur lui, elle ne peut que produire en sa faveur une présomption de non-discernement.

282. Les mêmes décisions doivent s'appliquer, et même avec plus

[1] Farinacius, quæst. 97, nos 5 et suiv.; Gomez, de delict., c. 3, de homic. no 42.

[2] Art. 36. « Private soldiers are not liable to punishment for *misdemeanors* committed by the order of any officer. » Art. 37. « The order of a military superior is no justification or excuse for the commission of a *crime*. »

de sévérité, aux fonctionnaires de l'ordre civil. Mais la responsabilité qui peut les atteindre se modifie suivant les actes qu'ils ont exécutés.

Le fonctionnaire qui n'a fait qu'exécuter le commandement direct de la loi est à l'abri de toute imputabilité. « Le commandement du législateur, a dit M. Rossi, peut être inique; cependant il faut un point d'arrêt matériel et sensible dans l'ordre politique. Mettre, pour ainsi dire, la loi en jugement, ce serait uniquement déplacer le pouvoir législatif, et le dépouiller de toutes ses formes tutélaires. Ainsi désobéir à la loi peut être en certain cas un acte de vertu, mais il ne saurait y avoir d'imputabilité politique pour celui qui l'exécute quelle qu'elle soit [1]. »

Il en est de même pour celui qui exécute les jugements et les ordres de la justice, pourvu qu'il ait mission légale de procéder à cette exécution. « *Qui jussu judicis*, dit la loi romaine, *aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet* [2]. » Toutefois, lorsque l'ordre n'est exécutoire qu'après l'accomplissement de certaines formalités, son exécution, sans que ces formes aient été accomplies, serait un fait imputable. C'est ainsi que l'arrestation d'un citoyen sur un simple ordre d'un magistrat, sans que cet ordre ait été revêtu des formes d'un mandat légal, et hors les cas de flagrant délit, est un acte coupable, soit de la part de l'huissier qui y a procédé, soit de la part du concierge qui a reçu le prévenu dans la prison. Quant aux actes qui sont abandonnés au pouvoir des hommes investis de fonctions publiques, l'ordre d'exécuter ces actes lie évidemment leurs subordonnés dans l'ordre hiérarchique, et dès lors ceux-ci n'en sont pas responsables. Cependant il faut remarquer que la loi ne prescrit aux fonctionnaires inférieurs que l'obéissance hiérarchique, et seulement à l'égard des objets qui sont du ressort de leurs supérieurs. Ils ne sont donc pas dispensés de toute vérification ; ils ne doivent point, sur la foi de l'ordre donné, fermer les yeux et procéder sans examen à l'exécution. Cet ordre ne les oblige qu'autant

[1] Traité de droit pénal, t. 2, p. 130.
[2] L. 167, Dig. de reg. juris.

que celui dont il émane exerce sur eux une autorité directe, qu'autant que cet ordre se rattache à ses fonctions légales, et fait partie de leur exercice. « *Liber homo, si jussu alterius, manu injuriam dedit, actio legis Aquiliæ cum eo est qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit* [1]. »

Si le fonctionnaire inférieur a des doutes sur la légitimité de l'acte commandé, quelle doit être sa conduite? Grotius [2] décide qu'il doit s'abstenir, parce que la désobéissance est un moindre mal que le crime. Barbeyrac [3] critique cette décision : « En général, dit-il, il est dangereux d'établir qu'un simple doute puisse dispenser de l'obéissance d'un supérieur légitime, et il suffit d'accorder cette dispense dans les cas où l'on est pleinement convaincu de l'injustice de la chose commandée. Il est juste que dans un doute la présomption soit en faveur du supérieur. » Cette opinion doit être suivie. Le fonctionnaire supérieur, investi du pouvoir de commander, doit être réputé connaître ses devoirs, et pressé du désir de les accomplir. Il est censé, pour nous servir des expressions de M. Rossi, juge compétent des mesures à prendre, appréciateur légitime des actes à exécuter [4]. La présomption est donc en faveur de l'ordre qu'il donne, la légitimité en doit être présumée.

Cependant la responsabilité doit en général peser d'une manière plus étroite sur les fonctionnaires civils que sur les militaires. D'abord leur désobéissance a des conséquences moins fatales ; ensuite les liens de la discipline administrative sont moins étroits, leurs rapports hiérarchiques moins sévères. Enfin, l'on doit supposer dans les agents chargés des fonctions civiles plus de discernement et de lumières, plus de notions sur les limites des diverses attributions administratives. Leur action est isolée, et leur résistance plus facile ; la réflexion leur permet davantage d'apprécier les actes qu'ils sont requis d'exécuter. Il est donc difficile qu'ils ne soient pas, à un certain

[1] L. 37, Dig. ad leg. Aquil.

[2] Du droit de la guerre et de la paix, t. 1, p. 183.

[3] Eod. loc.

[4] Traité de droit pénal, t. 2, p. 129.

degré, responsables d'un fait qui présente ouvertement les caractères d'un délit ou d'un crime.

283. La crainte révérentielle des enfants envers leurs pères, l'obéissance qu'ils leur doivent, ne peuvent constituer la crainte morale dont l'article 64 fait une cause de justification [1]. Le commandement du père peut être un motif d'atténuation de la peine, mais ne justifie pas complétement l'agent. Vainement on alléguerait ici l'excuse d'une force irrésistible. La soumission filiale a des limites que la raison comme la morale reconnaissent [2]. Au reste, à l'égard des mineurs de 16 ans, la question semble se résoudre en une question de discernement : si l'enfant a compris la nature de l'ordre qu'il accomplissait, il est responsable ; s'il n'y a prêté qu'une assistance matérielle, il est protégé par l'absence du discernement. C'est dans ce dernier sens qu'il faut appliquer l'ancienne règle : *Filius delinquendo de mandato patris excusatur* [3]. Le même principe s'applique au pupille qui a suivi les ordres de son tuteur.

Les anciens jurisconsultes admettaient l'ordre du père comme excuse des délits légers, et non des délits très-graves [4]. Cette distinction, que nous avons combattue dans son application aux fonctionnaires subalternes, serait plus justifiable à l'égard des enfants qui sont encore à cet âge où la nature des actions ne se présente pas nette et précise à l'esprit. Un crime atroce frappe nécessairement l'intelligence ; le mal d'un délit léger est plus douteux, et se révèle avec moins d'énergie à la conscience. Mais si cette distinction, d'ailleurs assez arbitraire, peut motiver une sorte d'atténuation à l'égard de la classe la moins dangereuse des actions, elle ne saurait

[1] *Voyez* cod. civ., art. 1114.

[2] « Non omnia necesse est facere liberis quæcumque patres imperant. Multa sunt quæ fieri non possunt. Si imperes filio ut sententiam dicat contra quam existimat ; si testimonium jubeas dici ejus rei quam ignorat ; si Capitolium me incendere jubeas. » Aulu-Gelle, Declam. 200, l. 21.

[3] Farinacius, quæst. 97, nº 149.

[4] Filius in levioribus criminibus excusatur, de mandato et jussu patris, secùs in gravioribus. Farinacius, quæst. 97, nºs 153 et 154.

devenir la source d'une complète justification, puisque le degré de l'immoralité de l'acte ne peut exercer aucune influence sur l'imputabilité de l'agent.

La femme ne pourrait également invoquer comme excuse l'ordre de son mari ; cette circonstance pourrait seulement être considérée comme une circonstance atténuante de son crime. Cependant nous avons cité, au chapitre de la complicité, un cas, celui de recélé d'objets volés, où la femme, forcée d'opter entre la dénonciation de son mari et la complicité du crime, par le recélé qu'elle a toléré de ces objets, doit nécessairement être justifiée [1].

284. Il reste à examiner les effets du commandement donné par le maître à ses domestiques. En droit romain, l'ordre du maître justifiait en général les esclaves. La servitude et la crainte étaient censées paralyser leur intelligence et enchaîner leur volonté : *Is damnum dat qui jubet dare ; ejus verò nulla culpa est, cui parere necesse est* [2]. Et cependant cette maxime avait ses restrictions ; si l'ordre avait pour objet un homicide, un crime atroce, la servitude n'était plus une cause suffisante de justification. *Servus non in omnibus rebus sine pœnâ domini dicto audiens esse solet : sicuti si dominus hominem occidere... servum jussisset* [3]. *Ad ea quæ non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis si dominis... obtemperaverint* [4].

Dans l'état de nos mœurs actuelles, on ne saurait appliquer aux domestiques le privilége dont la loi romaine protégeait les esclaves. Les mêmes liens ne les enchaînent pas ; ils ne se sont pas astreints à la même obéissance ; leurs obligations sont le résultat d'un contrat qu'ils peuvent incessamment rompre, et ces obligations sont rarement assez rigoureuses pour qu'on puisse en faire jaillir une question de contrainte morale. Dans certaines circonstances, à l'égard de cer-

[1] *Voyez suprà*, n° 214.
[2] L. 169, Dig. de reg. juris.
[3] L. 20, Dig. de oblig. et act.
[4] L. 157, Dig. de reg. juris.

tains délits, l'ordre du maître peut diminuer la faute du domestique, et fonder une atténuation de la peine due au délit. Mais cette excuse accidentelle ne pourrait motiver une disposition générale. Il est, du reste, évident que le texte de l'article 64 repousserait une telle excuse; et tel est aussi le principe que la cour de cassation a maintenu, en décidant « que l'obéissance qu'un domestique doit à son maître ne peut s'étendre que jusqu'à ce qui blesse les lois et l'ordre public [1]. »

285. Nous avons vu dans le chapitre qui précède, en nous occupant de la démence, que la cour de cassation déniait aux cours d'assises la faculté de faire de cette excuse l'objet d'une question spéciale, à part de la question de culpabilité. Cependant la même cour a jugé, dans une espèce où, nonobstant cette jurisprudence, une question spéciale avait été posée sur l'excuse alléguée par l'accusé qu'il n'avait pu résister à la contrainte exercée sur lui : « qu'en ordonnant la position d'une question tendante à demander aux jurés si l'accusé avait été contraint à commettre le crime par une force à laquelle il n'avait pu résister, la cour d'assises n'avait violé aucune loi [2]. » Ainsi, en matière de contrainte, la position d'une question, si elle n'est pas nécessaire, est du moins permise, et les cours d'assises peuvent dès lors se conformer à cette règle toutes les fois que cette question leur paraît utile. Les mêmes raisons de décider se présentent à l'égard de la démence et de la contrainte; car ces deux excuses ont le même effet, celui de justifier l'accusé. C'est donc pour nous un nouveau motif de croire que toutes ces excuses, qu'elles aient pour effet d'anéantir ou d'atténuer le crime, devraient faire le sujet d'une question spéciale. La position de cette question fixe l'attention des jurés, dégage l'excuse des nuages qui l'enveloppent dans une question générale de culpabilité, et sert puissamment à rendre la déclaration l'expression claire et sincère de l'opinion du jury.

[1] Cass. 14 août 1807 et 8 nov. 1811.

[2] Cass. 10 janv. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 281.

CHAPITRE XVI.

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.

(*Commentaire des art. 73 et 74 du code pénal.*)

---

286. La responsabilité civile, qui fait l'objet des dispositions de la loi pénale, est en général l'obligation qui nous est imposée de répondre du préjudice causé par les crimes et délits des personnes qui sont placées sous notre dépendance. En principe, les fautes sont personnelles; nul ne doit répondre que de celles qu'il a commises, et qui peuvent lui être imputées. Celui qui n'est ni auteur ni complice du délit qui a causé le dommage ne peut en supporter la responsabilité. La loi qui violerait cette règle fondamentale de l'imputabilité

des actions humaines, en faisant peser sur un homme la responsabilité d'une action qui lui est complétement étrangère, serait subversive de toute justice morale[1].

Toutefois cette règle doit recevoir une limite naturelle en ce qui concerne le fait des personnes qui se trouvent sous notre surveillance; et ce n'est pas même, à proprement parler, une exception, car la responsabilité ne dérive point, dans ce cas, du fait d'autrui, mais bien de notre propre fait, c'est-à-dire de l'infraction du devoir qui nous était imposé. Le délit que commet la personne que nous sommes chargés de surveiller n'aurait point été commis, si notre surveillance eût été assidue; la responsabilité prend donc sa source dans une cause qui nous est personnelle, dans notre négligence à remplir une obligation.

287. Cette matière n'appartient que par accession au droit pénal; les articles 73 et 74 du code ne s'en occupent même (à l'exception du nouveau cas de responsabilité qu'établit le premier de ces articles) que pour formuler un renvoi aux règles du droit civil. Nous devons donc, pour rester fidèles à notre œuvre spéciale, en renfermer l'examen dans d'étroites limites. Nous nous bornerons à rechercher quelles personnes sont responsables aux yeux de la loi, et quel est l'effet légal de la responsabilité civile dans ses diverses applications.

Si l'on peut répondre du fait d'autrui, ce ne peut être qu'en vertu d'une disposition expresse et formelle de la loi; car cette responsabilité repose sur une présomption de négligence que la preuve contraire ne détruit pas, et dès lors son application peut souvent être injuste et opposée à la raison. On ne peut donc ni étendre au delà de leur terme les cas de responsabilité, ni en créer d'autres par voie d'analogie. C'est le cas d'appliquer l'axiome: *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*[2].

[1] Actiones ab alio patratæ... non possunt alteri imputari, nisi quatenus ille potest et tenetur istas moderari. (Puffendorf, de off. hom. et civ., lib. 1, cap. 1, no 18.)

[2] L. 14, Dig. de legibus.

288. Cela posé, parcourons les diverses dispositions de la loi qui ont établi les cas de responsabilité civile.

L'article 73 de notre code nous offre d'abord un cas tout exceptionnel de cette responsabilité. « Les aubergistes et hôteliers, porte cet article, convaincus d'avoir logé, pendant plus de vingt-quatre heures, quelqu'un qui, pendant son séjour, aurait commis un crime ou un délit, seront civilement responsables des restitutions, des indemnités, et des frais adjugés à ceux à qui ce crime ou ce délit aurait causé quelque dommage, faute par eux d'avoir inscrit sur leurs registres le nom, la profession et le domicile du coupable. »

L'omission de cette inscription ne constitue en elle-même qu'une simple contravention de police, qui est punie d'une amende de 6 à 10 francs par l'article 475, n° 2, du code pénal [1]. Mais à côté de cette contravention, la loi a placé la responsabilité civile des suites du délit commis pendant sa durée. La sévérité de cette responsabilité avait excité les réclamations de la commission du corps législatif [2]; l'orateur du gouvernement répondit : « que, faute par les aubergistes et hôteliers de remplir une formalité facile et simple, ils fournissent à des coupables les moyens de se dérober plus aisément aux recherches; qu'ainsi leur négligence favorise l'impunité, par le défaut de notions propres à faire découvrir les traces du crime ou du délit [3]. Ces motifs pouvaient sans doute porter le législateur à aggraver la mesure de la peine appliquée à la contravention, mais il nous semble qu'ils ne justifient nullement la responsabilité civile; car cette responsabilité suppose que l'hôtelier doit surveiller les actions des personnes qui logent chez lui, et toutefois il est évident que ces personnes ne sont d'aucune façon sous sa dépendance; les rapports qui s'établis-

[1] Cet article ajoute : « Sans préjudice des cas de responsabilité mentionnés en l'art. 73 du présent code, relativement aux crimes ou aux délits de ceux qui, ayant logé ou séjourné chez eux, n'auraient pas été régulièrement inscrits. »

[2] Observations de la commission du corps législatif du 19 déc. 1809. Locré, t. 29, p. 258.

[3] Rapport de M. Riboud. Locré, t. 29, p. 269.

sent entre elles et lui ne peuvent donc motiver une garantie qui n'a lieu qu'en raison de l'influence ou de l'autorité des personnes responsables sur les auteurs de l'action punissable.

289. Du reste, il faut remarquer que cette responsabilité exceptionnelle n'est applicable qu'autant que les personnes, non inscrites sur les registres, ont commis le crime ou le délit *pendant leur séjour* dans l'auberge ou l'hôtellerie. Il faut remarquer encore que les aubergistes ou hôteliers (expression qui comprend tous les logeurs) ne sont soumis à la responsabilité que lorsque le coupable qu'ils ont reçu dans leur maison y a passé plus de *vingt-quatre heures*. « Il eût été trop rigoureux et même injuste, dit l'exposé des motifs, de leur appliquer la peine, quelque courte qu'eût été la durée de son séjour. Lorsqu'un voyageur ne s'arrête que pendant quelques heures dans une hôtellerie, et disparaît pour faire place à d'autres qui n'y restent pas plus longtemps, il serait le plus souvent impossible de remplir, à l'égard du premier comme à l'égard de ceux qui lui succèdent, les formalités exigées par la loi. L'hôtelier ne doit répondre que de celui qu'il a été à portée de voir ; mais il est inexcusable de ne s'être pas mis en règle lorsque la personne qu'il a logée n'a quitté sa maison qu'après les 24 heures. »

L'article 73 ajoute : « Sans préjudice de leur responsabilité dans le cas des articles 1952 et 1953 du code civil. » Ces deux articles, auxquels se réfère la loi pénale, disposent que les aubergistes ou hôteliers sont responsables du vol ou du dommage des effets apportés par le voyageur, soit que le vol ait été fait ou le dommage causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie.

La loi romaine distinguait si le vol avait été commis dans l'hôtellerie par des étrangers ou par des gens attachés à la maison : dans le premier cas, elle n'accordait au voyageur qu'une action en indemnité (*ex recepto in simplum*) contre l'aubergiste ; dans le second cas, le voyageur pouvait exercer l'action de vol, *actio furti in duplum* [1].

[1] L. 1, Dig. furt. adv. naut. ; l. 1, § 8, Dig. nautæ, caupones.

Mais l'article 1953 du code civil proscrit cette distinction : le maître de l'auberge répond du vol commis par les étrangers qui fréquentent sa maison, aussi bien que de celui que ses domestiques ont commis ; la force majeure, aux termes de l'article 1954, peut seule couvrir sa responsabilité.

L'aubergiste est responsable de tous les effets apportés par le voyageur, encore bien qu'ils ne lui aient pas été donnés en garde à lui-même, et qu'il n'ait même point eu connaissance de leur apport.

Le texte de l'article 1952 ne permet aucune distinction, et telles étaient sur ce point les dispositions des lois romaines [1]. « Ces dispositions sont dures, dit M. Toullier, mais la nécessité et la sûreté publique ont paru exiger cette sévérité. Les hôtelleries sont des asiles nécessaires ; ceux que leur santé ou leurs affaires obligent à voyager sont contraints d'y loger, et de suivre ainsi la foi du maître pour la garde et la sûreté de leurs effets. Ajoutez à cela la crainte de voir s'établir entre eux et les voleurs une société secrète pour dépouiller les voyageurs [2]. »

La cour de Paris a appliqué cette règle avec une extrême rigueur, en déclarant que l'aubergiste est responsable du vol commis sur des voitures restées à l'extérieur de son auberge, parce qu'il n'avait pas de cour pour les remiser [3]. Les motifs de cet arrêt sont : « que si l'aubergiste n'a pas de cour pour remiser les voitures, il doit avoir des préposés pour leur garde ; que le code civil ne constitue aucune exception au principe général de la responsabilité que pour les cas où les vols ont été faits à main armée ou par force majeure ; que si la responsabilité dans les aubergistes est une exception au droit commun, c'est un motif de plus pour les juges de se renfermer strictement dans la lettre de la loi, qui n'exige pas, pour cette responsabilité, que les effets des voyageurs soient dans l'inté-

[1] Maxima utilitas est hujus edicti, dit Ulpien, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere. L. 1, Dig. nautæ, caupones, etc.

[2] Droit civil français, t. 2, p. 351.

[3] Arr. Paris 13 sept. 1808, Sir. 9. 2. 21.

rieur de la maison de l'aubergiste. » Cependant la même cour a jugé, dans une autre espèce, que le voyageur dont les effets avaient été volés dans une auberge ne pouvait invoquer la responsabilité de l'aubergiste, lorsque les effets soustraits n'avaient pas été montrés à celui-ci, et qu'il avait d'ailleurs négligé de se servir d'une armoire à clef mise à sa disposition [1].

La cour de cassation s'est servie du principe posé dans l'article 73 pour décider que le vol commis par un aubergiste d'un objet laissé chez lui, mais sans lui avoir été confié, constituait non un simple délit, mais un crime, quoique l'article 386, n° 4, ne punisse de la reclusion que le vol commis par l'aubergiste des choses *qui lui sont confiées à ce titre* [2]. Nous nous bornerons à signaler ici cet arrêt, dont l'examen appartient à un autre chapitre; nous remarquerons seulement ici que les expressions de l'article 386 semblent exiger un dépôt préalable des effets, et qu'en matière pénale il est interdit d'étendre le texte de la loi.

290. Nous passons maintenant aux cas de responsabilité qui sont énumérés par l'article 1384 du code civil, lequel, suivant l'expression de l'exposé des motifs, sert d'appendice à cette partie du code pénal. L'article 74 de ce code est en effet ainsi conçu : « Dans les autres cas de responsabilité civile qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les cours et les tribunaux devant lesquels ces affaires seront portées se conformeront aux dispositions du code civil. »

La règle générale de la matière se trouve dans l'article 1383 du code civil, qui dispose que : « chacun est responsable du dommage qu'il cause, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence et par son imprudence. » L'article 1384 fait une application de cette règle au fait des personnes qui sont sous notre dépendance : « On est responsable, dit cet article, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé

[1] Arr. Paris 2 avr. 1811, Sir. 14. 2. 100.
[2] Cass. 28 oct. 1813, Sir. 14. 1. 17.

par le fait des personnes dont on doit répondre. » C'est là la responsabilité spéciale dont la poursuite, accessoire à l'action criminelle, a dû faire l'objet des prévisions de la loi pénale [1].

291. Avant d'énumérer les cas où s'applique cette règle, il est nécessaire de rappeler un principe qui domine toutes les espèces, et que nous avons déjà développé ailleurs [2] : c'est que la responsabilité civile, telle que l'établit l'article 1384, ne comprend que les dommages-intérêts et les restitutions civiles ; elle ne s'étend pas aux amendes [3]. Nous ne reprendrons point les développements où nous sommes entrés sur ce sujet.

[[Cette règle fondamentale reçoit néanmoins plusieurs exceptions : 1° en matière de douanes : les père et mère peuvent être condamnés à l'amende, parce que l'amende n'a pas en cette matière un véritable caractère pénal, suivant l'art. 20, tit. 13 de la loi du 22 août 1791, et l'art. 56 de celle du 28 avril 1816 [4] ; 2° en matière de contributions indirectes, aux termes de l'art. 35 de la loi de 1er germinal an XIII [5] ; 3° en matière de délits forestiers commis dans l'étendue d'une vente : les adjudicataires qui ne les ont pas constatés sont responsables des amendes, suivant l'art. 45 du C. for. [6]; 4° en matière de police du roulage : les propriétaires des voitures sont responsables, aux termes des art. 3 et 13 de la loi du 31 mai 1851, des amendes encourues par les conducteurs [7] ; 5° en matière de navigation maritime : les armateurs sont passibles, suivant l'art. 11 du décret du

[1] Cette responsabilité s'étend à tous les dommages causés par le fait des domestiques, préposés ou enfants mineurs. Cass. 9 janvier 1845, Bull. n° 9.

[2] Voy. *suprà*, no 85.

[3] Conf. cass. 10 mars 1836, Bull. n° 87. — Les dépens font partie des dommages-intérêts. Même arrêt. — S'il n'est résulté aucun dommage de la contravention, la responsabilité doit être étendue au moins aux frais. Cass. 11 juin 1836, Bull. n° 187 ; 2 septembre 1837, Bull. n° 258.

[4] Cass. 14 mai 1842, Bull. n° 121 ; 11 février 1843, Bull. n° 34.

[5] Cass. 15 janv. 1820, S. 20. 1. 188.

[6] Cass. 10 janv. 1852, Bull. n° 8; 8 juill. 1853, Bull. n° 349.

[7] Cass. 21 janv. 1853, Bull. n° 26.

19 mars 1852, des amendes encourues contre les maîtres et patrons [1].

Elle reçoit encore exception en matière de police lorsque les règlements imposent une charge personnelle aux maîtres ou propriétaires : comme, par exemple, lorsque les règlements imposent aux propriétaires l'obligation du balayage de la voie publique ; ils ne sont pas déchargés par la responsabilité des locataires qui auraient assumés cette obligation [2] ; — ou lorsque, en matière de cours d'eau, ils imposent aux propriétaires des fonds riverains des mesures de précaution ou de conservation dont ceux-ci ne peuvent être exonérés par les préposés qu'ils commettent [3].

Enfin, elle reçoit exception en ce qui concerne les professions réglementées, lorsqu'une infraction est commise aux conditions et modes d'exploitation imposés à l'industrie par les règlements, même par la faute et par la main des ouvriers. Ainsi le fabricant ou entrepreneur d'appareils d'éclairage par le gaz est passible des amendes encourues pour infraction aux règlements relatifs à la pose de ces appareils, lors même qu'ils ont été posés par ses ouvriers [4] ; ainsi les entrepreneurs des voitures publiques sont passibles des amendes encourues par leurs préposés pour contravention aux règlements sur le stationnement de ces voitures [5] ; ainsi le cabaretier, quoique absent, est passible de l'amende encourue pour l'ouverture de son cabaret après l'heure fixée [6] ; ainsi l'entrepreneur de la vidange des fosses d'aisances est passible des peines portées par la loi, lorsque les conducteurs de ses voitures se sont écartés de l'itinéraire qui leur était déterminé par les règlements [7] ; ainsi enfin le chef d'un établisse-

[1] Cass. 10 août 1855, Bull. n° 284.

[2] Cass. 4 mai 1848, Bull. n° 133 ; 15 juill. 1859, Bull. n° 179 ; 31 août 1854, Bull. n° 270 ; 19 fév. 1858, Bull. n° 62.

[3] Cass. 5 juin 1856, Bull. n° 205 ; 3 avr. 1857, Bull. n° 159 ; 13 nov. 1858, Bull. n° 271.

[4] Cass. 23 janv. 1859, Bull. n° 39.

[5] Cass. 26 août 1859, Bull. n° 215.

[6] Cass. 26 nov. 1859, Bull. n° 261.

[7] Cass 4 juin 1842, Bull. n° 136.

ment industriel est passible de l'amende prononcée par les art. 3 et 11 de la loi du 22 juin 1854, lorsque, même en son absence, un ouvrier non muni de livret a été reçu dans ses ateliers [1].

Mais en dehors de ces cas exceptionnels, qui reposent sur la présomption légale que les maîtres et commettants ont, par les ordres qu'ils ont donnés, ou par leur défaut de surveillance, participé à la contravention, il y a lieu de maintenir la règle qui veut que nul ne soit pénalement responsable que de sont fait personnel [2]. Ce n'est point une exception à cette règle que le cas où le maître, prenant le fait et cause de son préposé, reconnaît que l'acte lui est personnel et qu'il a été commis par son ordre; car il résulte de cette déclaration qu'il en est le véritable auteur [3].]]

292. Les cas énumérés dans l'article 1384 se rapportent aux pères et mères, aux maris, aux maîtres et commettants, enfin aux instituteurs et artisans.

Le second paragraphe de cet article est ainsi conçu: « Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. » M. Toullier enseigne [4] que cette responsabilité ne commence qu'à la puberté de l'enfant, et cesse à son émancipation. Ces décisions, qui ne font que reproduire une ancienne jurisprudence, se fondent, d'une part, sur ce que l'action d'un enfant impubère n'est point imputable, et, d'une autre part, sur ce que la responsabilité, puisant son principe dans la puissance paternelle, doit s'éteindre avec elle. Il nous paraît difficile de concilier cette doctrine avec le texte de la loi, qui étend sans distinction la responsabilité des pères et mères à toutes les actions *de leurs enfants mineurs*. Ensuite, de ce que le fait a été commis sans discernement, il ne s'ensuit pas que la responsabilité ne puisse être

[1] Cass. 26 nov. 1858, Bull. n° 287.

[2] Cass. 7 juill. 1854, Bull. n° 218; 24 mars 1855, Bull. n° 110; 3 mars 1859, Bull. n° 69.

[3] Cass. 3 août 1855, Bull. n° 277.

[4] Droit civil français, t. 2, n°s 260, 270 et 277.

invoquée, car il suffit qu'il y ait dommage pour donner ouverture à l'action civile [1]; et d'ailleurs l'esprit de la loi se manifeste à cet égard dans l'article 1383, qui déclare responsable le propriétaire d'un animal, à raison du dommage qu'il a causé. Enfin, et en ce qui a rapport à l'émancipation, est-il exact de dire qu'elle délie tous les liens de la puissance paternelle, qu'elle anéantit complétement l'autorité des pères et mères? S'il est vrai que le père conserve, même après l'émancipation, une autorité qu'il tient de la nature, avant que la loi la lui ait donnée; s'il est vrai que la surveillance, et, suivant l'expression de M. Toullier, la *censure* des actions de son fils soit encore pour lui un droit et un devoir, pourquoi sa responsabilité cesserait-elle? Les résultats seulement en seront moins onéreux pour lui, puisque l'émancipation fait présumer des biens dans lesquels ce dommage pourra trouver une réparation suffisante.

Néanmoins, s'il peut sembler juste, à certains égards, que le père réponde de ses enfants mineurs, cette responsabilité doit être restreinte dans de certaines limites, car on ne peut imputer à personne de n'avoir pas fait une chose qui n'était pas dans son pouvoir. Une première restriction borne, ainsi qu'on l'a vu, cette responsabilité des père et mère aux actions des enfants *habitant avec eux*; car ce n'est qu'alors qu'ils peuvent exercer une surveillance réelle. La disposition finale de l'article 1384 fait une seconde exception pour le cas où les pères et mères prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité.

Cependant plusieurs arrêts ont jugé que, même dans ce dernier cas, et quand l'impossibilité matérielle de la surveillance est établie, les pères et mères ne cessent pas d'être responsables, si les écarts des enfants peuvent être attribués au relâchement de la discipline domestique, et aux mauvais exemples qu'ils ont reçus dans la maison paternelle [2]. Les tribunaux ont pensé que les parents avaient alors à

[1] *Voyez* dans ce sens cass. 2 juill. 1813.

[2] Cass. 29 mars 1827, Sir. 28. 1. 372; Bourges, 9 mars 1821, Sir. 22. 2. 238; Bordeaux, 1er avril 1829. Sir. 29. 2. 259.

s'imputer la faute grave de la mauvaise éducation donnée aux enfants, ou d'avoir négligé d'employer les moyens en leur pouvoir pour réprimer des penchants vicieux.

293. Le troisième paragraphe de l'article 1384 déclare les maîtres et commettants responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans l'exercice des fonctions auxquelles ils les emploient. Il résulte de cette disposition que la responsabilité ne comprend que les faits commis par les domestiques ou préposés pendant la durée de leurs fonctions, ou, en d'autres termes, que les maîtres et commettants ne répondent en aucun cas du dommage causé par les délits qu'ils ont commis en dehors de leur service habituel. Ainsi circonscrite, cette responsabilité est fondée en raison. En effet, elle prend sa source dans l'autorité que les maîtres et commettants exercent, dans le droit de commander dont ils sont investis [1]. Le domestique ou le préposé n'est qu'un agent; la responsabilité remonte naturellement à ceux dont il exécute les ordres; ils doivent répondre de ses actions comme de leur propre fait. C'est d'après ce principe que la cour de cassation a jugé que l'obligation de réparer le dommage causé par un domestique est une obligation personnelle et non de garantie, principale et non subsidiaire [2]. Cette responsabilité diffère donc sous ce rapport de celle du père de famille, qui ne répond qu'accessoirement et par forme de garantie, du dommage causé par son enfant mineur.

Cette différence explique le silence du dernier paragraphe de l'article 1384 à l'égard des maîtres ou commettants; ce paragraphe, en effet, n'étend point à ces individus l'exemption de la responsabilité, dans le cas même où ils prouveraient qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui la produit. La raison en est que, lorsque le dommage a été commis pendant la durée des fonctions, les maîtres ou commettants sont présumés en être la cause au moins indirecte, et dès lors ils en doivent la réparation dans tous les cas, comme de leur

[1] Cass. 10 nov. 1859, Bull. n° 240.
[2] Cass. 11 juin 1808, Sir. 10, 217.

propre faute [1]. C'est ainsi qu'il a été jugé que le vol de bois ou de fourrage, commis par un berger pendant qu'il gardait les troupeaux de son maître, entraînait la responsabilité civile de celui-ci, alors même qu'il prouverait avoir ignoré le fait et n'avoir pu l'empêcher [2]. Mais les rixes, les voies de fait, les injures verbales dont les domestiques ou préposés peuvent se rendre coupables, sont des délits évidemment étrangers à leur service et à leurs fonctions. Les maîtres et commettants sont donc fondés à en décliner la responsabilité. C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la cour de cassation, en annulant un jugement qui avait condamné un maître solidairement avec une domestique à des dommages-intérêts motivés par des injures verbales dont cette dernière s'était rendue coupable [3].

294. Enfin, le quatrième paragraphe de l'article **1384** soumet à la responsabilité les instituteurs et les artisans, à raison des délits commis par les mineurs et les apprentis qui leur sont confiés. Le père, en effet, leur a conféré sa puissance et son autorité; ils sont donc en faute lorsque l'enfant dont ils ont accepté la surveillance commet un acte dommageable, et ils doivent en répondre. Mais cette responsabilité, de même que la responsabilité paternelle, cesse dès que l'instituteur ou l'artisan prouve qu'il n'a pu empêcher le fait; la responsabilité serait injuste dès qu'aucune négligence ne peut lui être imputée.

295. L'article **1384** n'a point fait aux *maris* l'application spéciale de la règle de la responsabilité; il n'a point établi contre eux la présomption de négligence qu'il a élevée contre les pères, les

[1] *Voyez* l'Exposé des motifs, par M. Tarrible; Rapport au tribunat, par M. Bertrand de la Grenille; Toullier, t. 2, p. 388, M. de Maleville, sur l'article 1384; Pothier, Traité des oblig., n° 121.

[2] Cass. 25 nov. 1813, Sir. 14. 1. 24; 13 janv. 1814, Sir. 14. 1. 190; 18 juill. 1826, Sir. 27. 1. 232; 13 déc. 1856, Bull. n° 396; 24 juill. 1852, Bull. n° 250; 3 déc. 1846, Bull. n° 297.

[3] Cass. 17 sept. 1806, rapp. par Merlin, Rép. v° *délit*, § 8; et *voy.* dans le même sens cass. 1er oct. 1842, Bull. n° 256. — L'État peut être condamné à des réparations civiles à raison des faits de ses commis. Cass. 11 août 1848, Bull. n° 220; Journ. du dr. crim. 1848, p. 307, art. 4380.

maîtres et les instituteurs. On doit en conclure qu'en général ils ne sont point responsables des délits de leurs femmes. Ce principe a été confirmé par plusieurs arrêts qui ont successivement décidé que le mari n'est pas responsable des délits d'injures [1], de diffamation [2] et de calomnie [3] commis par sa femme.

Néanmoins, s'il était constant qu'il a pu empêcher le délit et qu'il ne l'a pas fait, ou bien encore qu'elle a causé le dommage dans des fonctions auxquelles il l'avait employée, la responsabilité pourrait être invoquée contre lui; car, dans ce cas, la faute de la femme deviendrait la faute personnelle du mari; seulement la partie lésée devrait faire la preuve de cette participation [4].

Il existe, au reste, une exception formelle à ce principe, en ce qui concerne les délits ruraux. L'article 7 du titre 2 de la loi du 25 septembre — 6 octobre 1791 déclare les maris civilement responsables des délits commis par leurs femmes; mais cette loi exceptionnelle doit être renfermée dans ses termes.

296. Plusieurs lois spéciales renferment des dispositions diverses sur la responsabilité, et quelques-unes de ces dispositions dérogent également au droit commun. Il suffira d'en énoncer les dispositions. L'article 6 de la loi du 30 avril 1790 déclare les pères et mères responsables des délits de chasse commis par leurs enfants *mineurs de vingt ans;* et l'article 7 du titre 2 de la loi du 25 septembre — 6 octobre 1791 est ainsi conçu : « Les maris, pères, mères, tuteurs, maîtres, entrepreneurs de toute espèce, sont civilement responsables des délits de police rurale commis par leurs femmes et enfants, pupilles, mineurs n'ayant pas plus de vingt ans et non mariés, domestiques, ouvriers, voituriers et autres subordonnés. » Quelques tribunaux ont pensé que cette dernière disposition avait été modifiée

[1] Cass. 16 août 1811, Sir. 12. 1. 214.

[2] Cass. 20 janv. 1825, Sir. 25. 1. 276.

[3] Cass. 6 juin 1811, Sir. 12. 1. 70.

[4] Cass. 31 juill. 1807, 23 déc. 1818 et 27 fév. 1827, Sir. 7. 2. 1048; 19. 1. 278, et 27. 1. 228.

par les dispositions postérieures de l'article 1384 [1]. Mais, quoique cette doctrine paraisse plus en harmonie avec l'esprit général de la nouvelle législation, ainsi que l'attestent l'article 203 du code forestier, et l'article 74 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, qui se réfèrent l'un et l'autre, quant à la responsabilité civile, à cette disposition de l'article 1384, il faut se tenir à la maxime que les lois générales ne sont jamais réputées déroger aux lois spéciales; d'ailleurs le code rural de 1791 forme un corps complet de législation qui doit être maintenu dans toutes ses parties.

D'autres cas de responsabilité se trouvent dans la loi du 16 vendémiaire an IV, qui prescrit que tous les habitants d'uue commune seront civilement garants des attentats commis sur le territoire de cette commune; dans l'arrêté du 7 nivôse an VI, qui déclare les employés des arsenaux responsables du vol des armes; dans les arrêtés du 7 fructidor an VI (article 9) et de prairial an VII (article 6), qui rendent les maîtres de poste responsables des contraventions de leurs postillons et conducteurs; dans le décret du 1er germinal an XIII (art. 35), qui étend cette responsabilité aux propriétaires de marchandises, à l'égard du fait de leurs agents et facteurs; dans les décrets des 6 juillet 1810 (art. 59) et 18 août 1810 (art. 27), qui imposent aux greffiers la responsabilité des contraventions, délits et crimes de leurs commis, etc. L'examen de ces cas divers nous entraînerait trop loin de notre sujet. Nous répéterons seulement que la responsabilité doit être appliquée, dans chaque espèce, d'après les dispositions de la loi spéciale, sans pouvoir en étendre les termes, sans pouvoir y comprendre un cas nouveau par voie d'analogie. Car la responsabilité, comme le dit Grotius [2], n'est pas *selon le droit de la nature;* elle est purement de droit civil, et dès lors doit être restreinte plutôt qu'étendue.

297. Il nous reste à envisager la responsabilité civile dans ses

[1] Arr. Douai, 24 août 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 329.

[2] Droit de la guerre et de la paix, t. 2, p. 8.

rapports avec l'action criminelle. Les tribunaux de répression ne sont compétents pour statuer sur les effets de la responsabilité qu'autant qu'ils sont saisis de l'action publique pour l'application de la peine. En effet, l'obligation de celui qui est soumis à la responsabilité d'un fait auquel il n'a point concouru, est une obligation accessoire purement civile, et dont par conséquent ces tribunaux ne peuvent connaître qu'accessoirement à l'action criminelle qui constitue l'obligation principale. Cette compétence, matérielle et absolue, est véritablement d'ordre public, et peut donc être proposée en tout état de cause, même sur l'appel [1]. Mais ce ne serait pas un motif pour renvoyer purement et simplement de la plainte la partie civilement responsable qui aurait seule été traduite devant le tribunal de simple police ou de police correctionnelle; ce tribunal devrait surseoir à statuer, et fixer le délai dans lequel le ministère public serait tenu de mettre en cause le contrevenant [2].

298. La personne civilement responsable ne peut-elle encourir une condamnation aux dépens qu'autant que cette condamnation est accessoire à une condamnation en des dommages-intérêts? L'affirmative résulte d'un arrêt de la cour de cassation [3], qui a rejeté le pourvoi formé contre un jugement correctionnel, lequel avait jugé que: « lorsque les tribunaux ne prononcent aucune restitution, aucun dommage, il n'y pas lieu de déclarer le père civilement responsable des dépens; que la condamnation aux dépens est l'accessoire de la condamnation première prononcée contre la personne civilement responsable. » Cette doctrine, contraire d'ailleurs à d'autres arrêts de la même cour [4], ne paraît pas devoir être suivie. Le premier motif sur lequel elle s'appuie, et qui consiste à dire qu'il n'y aurait pas eu, dans l'espèce, de préjudice causé, n'est nullement concluant; car il y avait eu, dans cette espèce, un délit constaté, et dès lors la

[1] Cass. 11 sept. 1818, Sir. 19. 1. 117.

[2] Cass. 9 juin 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 250.

[3] Cass. 15 juin 1832, Journ. du droit crim. 1833, p. 76.

[4] Cass. 14 juill. 1814, 4 juill. 1830 et 31 janv. 1833, Journ. du dr. crim. 1833, p. 76 et 78.

poursuite avait été avec raison exercée. Or la cour de cassation a toujours décidé que les frais causés par une telle poursuite étaient un préjudice causé à l'État, et avaient le caractère de véritables dommages-intérêts. Il y avait donc préjudice causé, et même partie civile en cause, puisque l'État peut, dans le système de la même cour, être réputé partie civile à l'égard des dépens dont il a fait l'avance.

Le second motif est que la condamnation des frais doit être l'accessoire d'une condamnation principale en dommages-intérêts. Mais cette condition n'est nullement imposée par l'article 194 du code d'instruction criminelle, et on ne voit pas d'ailleurs pourquoi le juge, tout en déclarant qu'il y a lieu à responsabilité, ne serait pas le maître d'en limiter les effets aux frais de la poursuite [1].

299. L'action en responsabilité, étant purement civile, passe contre les héritiers, lors même qu'elle n'a pas été intentée avant la mort de la personne que la loi y soumet. Mais par quelle prescription cette action est-elle éteinte? Evidemment par la prescription que la loi criminelle applique au crime ou au délit dans lequel elle se puise. Car, ainsi que nous l'avons déjà dit, elle ne constitue qu'une obligation accessoire; elle ne peut donc durer plus que l'obligation principale. Ainsi c'est d'après les règles posées aux articles 637, 638 et 640 du code d'instruction criminelle, qu'il faut déterminer les délais pendant lesquels elle peut être exercée.

[1] Cass. 11 juin 1836, Bull. nº 187; 2 sept. 1837, Bull. nº 258; 9 janv. 1845, Bull. nº 9.

FIN DU TOME PREMIER.

Poitiers.—Imp. de A. Dupré.

THÉORIE DU CODE PÉNAL.

TABLE

DES

CHAPITRES ET DES ARTICLES

CONTENUS DANS LE PREMIER VOLUME.

CHAPITRE III.

De l'application de la loi pénale.

CHAPITRE IV.

Délits militaires.

CHAPITRE V.

Des peines.

CHAPITRE VI.

DES PEINES INFAMANTES.

(Commentaire des art. 22, 32, 33, 34 et 35, C. pén.).

CHAPITRE VII.

DES PEINES ACCESSOIRES.

(Commentaire des art. 13, 29, 30, 31, 42, 44, 45, 46, 47, 48 et 49).

CHAPITRE VIII.

DES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES.

(Commentaire des art. 9, 10, 11, 51, 52, 53, 54 et 55, C. pén.).

§ Ier. — *De l'amende.*

§ II. — *De la confiscation spéciale.*

§ III. — *Des dommages-intérêts.*

§ IV. — *Des frais.*

CHAPITRE IX.

De l'exécution des peines.

(Commentaire des art. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 36, 40, 41, 52, 53 et 54, C. pén.).

CHAPITRE X.

DE LA RÉCIDIVE.

(Commentaire des art. 56, 57 et 58, C. pén.).

CHAPITRE XI.

DE LA TENTATIVE.

(Commentaire des art. 2 et 3, C. pén.).

CHAPITRE XII.

DE LA COMPLICITÉ.

(Commentaire des art. 59, 60, 61 62 et 63, C. pén.).

CHAPITRE XIII.

DES EXCUSES. — DE L'EXCUSE DE L'AGE.

(Commentaire des art. 66, 67, 68, 69, 70, 71 et 72, C. pén.).

CHAPITRE XIV.

Des faits justificatifs. — De la démence.

(Commentaire de l'art. 64, C. pén.).



CHAPITRE XV.

De la contrainte.

(Suite du Commentaire de l'art. 64, C. pén.).

CHAPITRE XVI.

De la responsabilité civile.

(Commentaire des art. 73 et 74, C. pén.).

Art.	Pages.	Art.	Pages.	Art.	Pages.
1er	7	25	258	54	290
2	360	26	258	55	220, 232
3	360	28	164	56	304
4	47	29	164, 166, 170, 174	57	306, 338
5	61	30	164, 170	58	306, 342, 334
6	86	31	166, 170, 174	59	404, 458
7	86	32	134	60	404
9	200	33	136	61	436, 462
10	202, 224	34	140	62	436, 464
11	200, 222	35	140	63	466
12	98, 252	40	280	64	524
13	98, 158, 252	42	172	65	474
14	256	44	178, 194	66	478
15	110, 262	45	178, 194	67	478
17	118, 256	47	192	68	498
18	168	48	192	69	496, 546
20	132	49	192	70	520
21	124	50	192	71	522
22	152	51	226	72	522
23	266, 352	52	232, 290	73	588
24	268, 352	53	286	74	588

LOIS DE LA PROCÉDI ADMINISTRATIVE, pa

4e édition, mise, par un Supplém de la jurisprudence et de la doctr VEAU ADOLPHE, Professeur à 1862. 9 tomes en 11 vol. in-8.

DICTIONNAIRE GÉNÉR COMPL

par CHAUVEAU ADOLPHE, Profes... louse. 1 fort vol. in-8 à 3 col.

CODE PÉNAL PROGRE

du Code pénal; par CHAUVEAU ADOLPH

FORMULAIRE GÉNÉRAL ET COMPLE OU TRAITÉ PRATIQUE CIVILE ET COMMER

ses dans les *Lois de la procédure civil.* par M. CHAUVEAU ADOLPHE, I de Toulouse; revu par M. GLANDAZ, avoués de Paris. 3e édit. conforme à la

JOURNAL DES AVOUÉS,

et administrative, rédigé par une réunio collaboration de M. CHAUVEAU ADOLPHE Abonnement annuel.

Prix de la collection, 87 volumes in-8

PROCÉDURE DE L'OR

de la loi du 21 mai 1858, contenant 1o article; 2o la solution de diverses que loi; 3o le texte de l'exposé des motif au Corps législatif et du rapport au garde des sceaux, du 2 mai 1858 des questions traitées, accompag. décomptes de taxe; 6o la confére cienne loi et le projet, renvoy: 7o un tableau synoptique de tr aux questions traitées et aux raisonnée; par CHAUVEAU droit de Toulouse. 2e tirage.

RÉPRESSION PÉNALE, DE el

M. BÉRENGER, Membre de l'Institut, Prési la Cour de cassation. 2 vol. in-8. 1855.

Paris.—Imprimerie de Cosse et J. ... rue Christ

Paris. — Imprimerie de Cosse et J. Dumaine, rue Christine, 2



